



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Alexander Tencer

Sound alike
– kontroversiellt
eller inte

Examensarbete
20 poäng

Per-Jonas Nordell

Immaterialrätt

HT 2005

Innehåll

SAMMANFATTNING	4
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte	10
1.3 Metod och material	10
1.4 Avgränsning	10
1.5 Disposition	11
2 MUSIKVERKETS DEFINITION OCH DESS INVERKAN PÅ MÄNNISKAN.	12
2.1 Musik - ett vapen i media	12
2.2 Vad är en sound alike?	12
2.3 Traditionell lösning av musikaliska identitetsproblem	14
3 MUSIK SOM REKLAMBÄRARE	18
3.1 Musikens betydelse i reklam	18
3.2 Musikval	19
3.3 Konsumentens beslutsprocess inför ett köp av en vara	19
3.4 Märkesuppbyggande reklam	23
4 SOUND ALIKE I ETT MARKNADSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV	25
4.1 Marknadsföringslagen	25
4.1.1 Sound alike och renommésnyltning	25
4.1.2 Vilseledande marknadsföring enligt 6 § MFL	28
4.1.3 Vilseledande efterbildning	30
4.1.4 Slutsats	31

5	SOUND ALIKES I ETT UPPHOVSRÄTTSLIGT PERSPEKTIV	33
5.1	Upphovsrättslagen	33
5.1.1	1 § URL	35
5.1.2	Verkshöjdsbegreppet	37
5.1.3	Dubbelskapandekrieriet	39
5.2	Bearbetning och fri anslutning	41
5.3	I praktiken	45
5.4	Ideell rätt	47
5.5	Stims bedömningskommitté och dess avgöranden på området	48
6	SOUND ALIKE I ETT VARUMÄRKESRÄTTSLIGT PERSPEKTIV	51
6.1	Lagstiftning	51
6.1.1	Varumärkesskydd	52
6.1.2	Skyddsobjekt	53
6.1.3	Särskiljningsförmåga och grafisk återgivning	54
6.1.4	Registrering	57
6.1.5	Inarbetning	59
6.1.6	Förväxlingsbarhet	61
6.2	Ensamrätt 4–6 §§ VmL	62
7	ANALYS OCH SAMMANFATTNING	63
7.1	Skydd av sound alike	63
7.2	Gränsdragningen och lagstiftning	68
7.3	STIM	71
7.4	Varför sound alike	71
7.5	Upphovsmannens vilja	73
7.6	Sound alike i framtidens reklam	75
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING		77
	Litteratur	77
	Offentligt tryck	79
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING		81

Sammanfattning

I dagens samhälle är reklamen en del av vardagen. Vi upplever den i alla mediekanalet vilket ibland kan vara underhållande men oftast rätt så enerverande. Metoderna är oändliga när det gäller att först få en viss målgrupp att uppmärksamma reklamen utan att byta kanal eller att vända blicken ifrån TV-rutan och sedan att bli intresserade av själva produkten. I nästan alla reklamproduktioner har musiken en framträdande roll vilket kan anses som självklart, eftersom musiken i de festa fall väcker känslor. I den audiovisuella reklamvärlden produceras oftast en speciell sorts musikverk som av olika anledningar är fördelaktig för producenten, nämligen sound alikes. Vid produktionen av sound alikes lånar producenten oftast ett par takter från ett känt musikaliskt verk och komponerar det med sin egen instrumentering. Syftet med sound alikes är framför allt att det skall likna originalverket så pass mycket att konsumenten påverkas omedvetet eller medvetet genom sound aliken och på det sättet associerar produkten med det originella verkets image eller renommé. För reklamarna kan sound alikes innebära ett billigare och snabbare sätt att göra reklamfilm men ett minst lika effektivt sätt som om originalverket skulle ha använts.

Sett i det rättsliga perspektivet är produktionerna omdiskuterade, eftersom man inte riktigt vet var gränsen går mellan en bearbetning och ett verk i fri anslutning till originalverket. Detta har lett till en del rättsfall på området men även fall behandlade av STIM. Att dra någon generell gräns har visat sig vara svårt och därför får avgöranden ske i varje enskilt fall. Sound aliken var nära att få till stånd en egen reglering i lagen, men eftersom teknik och stil inte får omfattas av ett immaterialrättsligt skydd, fick regleringen utebli. Sound aliken regleras istället av upphovsrättslagens 1 och 4 §§ där den får skydd i form av ett verk, men även andra immaterialrättsliga lagar kan tillämpas. Eftersom sound aliken kan utgöra en produkts varumärke, regleras de även av varumärkeslagens 1 alternativt 2 §§ beroende på om den blir registrerad som ett varumärke eller skall inarbetas för att få ensamrättsligt skydd. Även marknadsföringslagen anses kunna tillämpas p.g.a. sound alikens användningsområde som ett marknadsföringsinstrument. Lagens 6 § täcker alla framställningar som är ägnade att vilseleda vilket sound aliken i en del fall har ansetts göra.

Genom att sound aliken omfattas av flera olika lagar, kan en viss överlappning uppstå mellan t.ex. upphovsrätten och varumärkesrätten vilket kan innebära en utvidgning av varumärkesrättens skydd och i vissa fall ett stärkande av ensamrätten. Detta har dock diskuterats i doktrinen där åsikterna är delade om huruvida det verkligen är möjligt. Det har också ifrågasatts om dubbelt skydd tvärtemot namnet kanske inverkar negativt på immaterialrättsregleringen.

Regleringen av sound alikes skulle kunna tänkas vara strängare, eftersom syftet med dessa produktioner är ett visst kringgående av annars nödvändiga

avgifter som måste betalas till den ursprungliga upphovsmannen. Att använda sig av en sound alike innebär oftast kortare väntetid än vid ett nyttjande av ursprungsverket, där bl.a. tillståndet av upphovsmannen är tidskrävande. Att lättare erhålla skadestånd och införa interimistiskt förbud i dessa fall skulle få reklamkarna att kanske vara litet försiktigare med sina produktioner.

Förkortningar

BK	Bernkonventionen
FHU	Företagshemlighetsutredningen
ICC	Internationella Handelskammaren (International Chamber of Commerce)
MFL	marknadsföringslag (1995:450)
MD	marknadsdomstolen
OHIM	The Office of Harmonization for the Internal Market
PBR	patentbesvärsrätten
PK	Pariskonventionen
PRV	patent och registreringsverket
RegR	regeringsrätten
TRIPS	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
URL	Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
WIPO	World Intellectual Property Organisation
VmL	varumärkeslag (1960:644)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Immaterialrätten har i jämförelse med t.ex. äganderätten en kort historia. Anledningen till detta var att det i äldre tider varken fanns reproduktionsmetoder eller distributionssystem, som kunde ge ett brett och systematiskt utnyttjande av konst och teknik, vilket innebar att upphovsmannen inte hade någon märkbar förmögenhetsförlust. Eftergörandet uppfattades i antikens Rom som något opassande, och kanske även som omoraliskt, men det fanns ingen lagstiftning på området.¹

I slutet av 1800-talet hade de flesta europeiska länder en väl fungerande immaterialrättslagstiftning och det var då som de internationella överenskommelserna träffades: Pariskonventionen (1883) och Bernkonventionen (1886).² Genom liberalismens tillkomst och dess motto: handelsfrihet, avtalsfrihet och fri konkurrens, inleddes i mitten av 1800-talet, en kamp mot merkantilismen. Merkantilismen medförde att det under 1700-talet utvecklades statliga kontrollsystem och tullordningar som strängt reglerade handeln.³

I och med industrialismen, vilket medförde nya distributionsmetoder, skapade marknadsföringen nya marknader via tidningar, postorderkataloger m.m. Följden blev att avstånden mellan tillverkare och förbrukare ökade, vilket medförde en del svårigheter för köparna. Vid defekta varor klagade köparen till säljaren som i sin tur hänvisade till tillverkaren som oftast fanns på annan ort. Konsumenterna hade ofta inte kunskap eller förmåga att hävda sin rätt gentemot producenterna och distributörerna som fick allt större makt. Näringslivets Opinionsnämnd⁴ började att granska om marknadsbeteenden följde god affärssed enligt ICC:s Grundregler för reklam och säljfrämjande åtgärder⁵, men det var inte förrän det hela uppmärksammades av lagstiftaren i slutet av 1960-talet som ett stort antal konsumentskyddstyper grundlades.⁶

¹ Kocktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 24.

² Kocktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 25.

³ Nordell, Per Jonas, Marknadsrätten. En introduktion, s. 12.

⁴ Näringslivets Opinionsnämnd var tidigare ett branschövergripande system för självreglering. Nämnden tolkade och tillämpade marknadsföringskoder från Internationella Handelskammaren. När lagen om otillbörlig marknadsföring kom år 1971 lades nämnden ned och Marknadsdomstolen och Konsumentombudsmannen inrättades.

⁵ ICC är näringslivets världsorganisation, som representerar företag av alla storlekar och ur alla branscher. ICC:s huvudsyften är att:

Främja ekonomisk frihet, fri handel och fri konkurrens

Verka för harmonisering och förenkling av regler och rutiner i internationell handel

Självreglering genom uppförandekoder som sätter etiska standarder

Lösa kommersiella tvister genom medling och skiljedom

⁶ Nordell, Per Jonas, Marknadsrätten. En introduktion, s. 13.

Varumärkesrätten kan spåras ända till tiden då vi människor började bilda samhällen. Bomärken eller liknande, användes av hantverkare till att märka sina varor, vilket gjorde det lätt att särskilja produkterna från varandra. I antikens Rom, innebar märkning av varor dels en ursprungsangivelse, dels en kvalitetsgaranti av märkesinnehavaren.⁷

I Magnus Lagaböters landslag stadgades det att varje sköldtillverkare var tvungen att märka sin sköld för att veta vem som var tillverkaren. Märkningsplikt fanns redan i Bjärkörätten.⁸ Under skråväsendet hade märken en betydande roll i Sverige. Förutsättningen för att få tillverka en viss produkt var medlemskap i ett skrå. Syftet med märkningen var dels en kvalitetsgaranti, men också en metod att kunna spåra förfalskningar eller defekta varor, samt att förhindra icke-skråmedlemmar från att sälja varan.⁹

Det moderna varumärket framträdde tillsammans med industrialismen. Med massproduktion och ökad kommunikation växte betydelsen av marknadsföring och reklam. Konkurrensen ökade mellan tillverkare vilket medförde att varumärkets betydelse ökade som medel för särskiljning. Nya sätt att distribuera resulterade i att konsumenten blev osäker på varans ursprung, vilket gav varumärket en ökad betydelse som ursprungsangivare. Varumärket skulle vara lätt att uttala och minnas, samt vara originellt och direkt eller indirekt beskriva produkten.¹⁰ Förändringen ledde till att varumärkesrättens civilrättsliga sidor blev dominerande, vilket visade sig i den första lagen på området år 1884, som utformades i nordiskt samarbete.¹¹

För att upptäcka de första spåren av det vi idag kallar för upphovsrätt är man tvungen att resa ända till antikens dagar. Meningarna är delade var bl.a. ordet plagiat först uppdagades ifrån. En del säger att det kom från grekerna där ordet ”plagion” innebar stöld av allmän egendom¹², en del hävdar att det kom från romarna där ”plagium” på latin betydde människorov, vilket användes av den romerske skalden Martialis när han anklagade folk för att ha stulit hans dikter.¹³

Under medeltiden var nästan all komponerad musik i kyrkans tjänst, vilket medförde att upphovsmannens rättigheter, som idag är en självklarhet, inte var något som beaktades. I början av renässansen gjorde man ingen skillnad mellan själva komponerandet och utövandet av musiken. Musikanten, som själv var tvungen att komponera melodier när förrådet var uttömt, fick ingen status som upphovsman.¹⁴

⁷ Levin, Marianne, Wessman, Richard, Varumärkesrättens grunder, s. 21.

⁸ Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, s. 187.

⁹ Levin, Marianne, Wessman, Richard, Varumärkesrättens grunder, s. 22.

¹⁰ Levin, Marianne, Wessman, Richard, Varumärkesrättens grunder, s. 22.

¹¹ Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, s. 188.

¹² Olsson, Henry, Copyright, s. 24.

¹³ Wendels-Carlén, Thomas, Upphovsrätt i reklam och media, s. 8.

¹⁴ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 38.

Under 1500-talet blev kompositör en yrkestitel, vilket medförde att man fick sätta ut sitt namn vid mångfaldigande av sitt verk. Om kompositören orättmätigt använde någon annans verk genom att sätta ut sitt eget namn på detta, ansågs det moraliskt förkastligt, men några andra konsekvenser tillämpades inte. Att ta delar av verk till nya kompositioner ansågs helt naturligt.¹⁵

När musiken under 1600-talet började gestalta känslor blev det originella uttrycket högre värderat och upphovsmannen fick en mer uppmärksam roll. Ett originalitetsideal, till en början bara en moralisk inställning men sedan ett uttryck i rättsliga termer, växte fram under 1700-talet. Upphovsmedvetandet togs dock inte in i lagen förrän ett stycke in på århundradet.¹⁶ Under den senare delen av ovannämnda sekel var de furstliga privilegierna det enda skydd som gavs åt musikaliska verk. Det gällde dock endast verket som tryckalster d.v.s. i form av tryckta noter.

Så sent som år 1827 betraktades i ett franskt rättsfall melodin som jämställd med skyddslösa idéer.¹⁷ Det var inte förrän i slutet av 1800-talet, i 1897 års lag, som man i Sverige gav skydd för det musikaliska verket i klingande form.¹⁸ Kompositören fick skydd i form av eftertryck av honom skrivna noter, men också mot offentligt framförande i toner av det musikaliska verket. Slutligen i 1919 års lag togs det musikaliska verket in bland skyddsföremålen i lagens första paragraf.¹⁹

Musikens inträde i media och i olika reklamsammanhang började dyka upp i slutet av 1800-talet då man lanserade karamell- eller reklamverser som ett led i marknadsföringen av olika varor. Vidareutvecklingen fortsatte med att man under 1920-talet introducerade radiojinglar (korta rimmade verser med reklambudskap), eftersom man efterhand upptäckte att rytm och melodi förstärkte reklamens budskap. Som konsument fastnade reklamslogans lättare i ens medvetande om de rimmade, var rytmiska och melodiska. I och med ljudfilmens introduktion på marknaden kunde man, med hjälp av stämmings- och bakgrundsmusiken, sammankoppla varan med sinnesintryck och känslor som inte kunde förmedlas med ord.²⁰

Under schlagerns storhetstid när konsumenterna började köpa grammofonskivor, försökte man att smyga in reklam i melodierna vilket förbjöds i Sverige. Ett uppmärksammat fall var Lotta Engbergs, Fyra Bugg och en Coca-Cola där texten i melodin var tvungen att göras om. De reklamfinansierade TV företagen har med tiden vuxit sig allt större och Sveriges sanktioner gentemot reklam i populärmusiken har därför blivit nästintill verkningslösa.²¹

¹⁵ Schierbeck, Peter, Verkshöjd inom musiken, s. 2.

¹⁶ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 38.

¹⁷ A.a., s. 39.

¹⁸ Schierbeck, Peter, Verkshöjd inom musiken, s. 3.

¹⁹ Schierbeck, Peter, Verkshöjd inom musiken, s. 4.

²⁰ Bjurström, Erling, Sälj det i toner, s. 11.

²¹ Bjurström, Erling, Sälj det i toner, s. 12.

Idag är skillnaden mellan reklam- och populärmusik alltmer flytande och den största anledningen är nog, MTV (Musictelevision) som är en 24-timmars, non-stop, kommersiell tv-kanal. Med start 1981 har den sammanfört reklam och musik på ett sätt som aldrig tidigare har gjorts.²² Musikvideor, som även de är en typ av reklam, har blandats med vanlig reklamfilm vilket resulterade i att det inte blev ovanligt att de båda produktionerna integrerades med varandra. Ett resultat av detta symbiosliknande förhållande är den s.k. sound aliken vars rättsliga förutsättningar detta arbete skall redogöra för.

1.2 Syfte

Syftet med denna uppsats är att besvara några frågeställningar om sound alikes. Ämnet är mycket aktuellt med tanke på det enorma reklamutbud i både nya och gamla marknadsföringskanaler som dagens medier har att erbjuda och de både omedvetna och medvetna intrång som görs på området. Tanken är att ge svar på frågor som: Hur nära inpå får man vara originalverket? När har gränser överträtts och kan man uppsätta någon generell regel för sound alikes? Vilket skydd kan sound alikes omfattas av? Tar man hänsyn till upphovsmannens vilja? Vilka lagar kan användas gentemot sound alikes?

1.3 Metod och material

Under uppsatsens gång har jag både använt mig av deskriptiva och analytiska delar. Metoden utgörs till största del av den rättsdogmatiska, eftersom jag har använt mig av lagstiftning, förarbeten, rättsfall och doktrin.

Eftersom den Nordiska lagstiftningen till stora delar är gemensam, har jag även använt mig av dansk doktrin. Detta anser jag vara motiverat för att få en djupare inblick och uppnå den bredd i materialet som jag anser önskvärd.

1.4 Avgränsning

Uppsatsen kommer att behandla sound alikes i Sverige från ett marknadsrättsligt, upphovsrättsligt och varumärkesrättsligt perspektiv. Jag har utelämnat regleringen inom EU med undantag från relevant information nedskrivna i svensk doktrin och den nordiska lagstiftningen som är gemensam på området.

²² Kaplan, Ann, Rocking around the clock: Musictelevision, postmodernism & consumer culture, s. 1.

1.5 Disposition

Jag börjar med att i första kapitlet ge en kort historisk beskrivning av upphovsmannens lagliga skydd genom århundradena och musikens inträde i media. Därefter ges i andra kapitlet en definition av musikverket, sound aliken och vilken sorts inverkan ett musikaliskt verk gör på människan. I tredje kapitlet behandlas musiken som reklambärare, d.v.s. musikens betydelse i reklam och konsumentens syn vid köp av en vara. I fjärde kapitlet sätts sound aliken in i ett marknadsrättsligt perspektiv, d.v.s. att relevanta lagregler i marknadsföringslagen behandlas. Det upphovsrättsliga perspektivet behandlas i femte kapitlet med en genomgång av relevant lagreglering inkluderat Stims bedömningskommittés intrångsfall. Sjätte kapitlet behandlar sound alikes i ett varumärkesrättsligt perspektiv, där frågan behandlas om sound alike kan erhålla ett varumärkesrättsligt skydd. Slutligen företas en analys av i arbetets materiella del ställda frågor.

2 Musikverkets definition och dess inverkan på människan.

2.1 Musik - ett vapen i media

Tv-reklamen har ett övertalande syfte som vi alla vid det här laget är medvetna om. Tv-reklamens budskap registreras både med syn- och hörselsinnet, men till skillnad från synsinnet, har ljud en flyktighet, en begränsad utsträckning i tid och rum. Alla de ljud vi registrerar förklingar och tonar bort.

Ett visuellt förlopp som upprepas tråkar snabbt ut oss, medan man ofta upplever en repetition av ljud, t.ex. en rytm markerad av ett slaginstrument som behaglig. Repetition av exempelvis rytmiska, melodiska och harmoniska element uppfattar vi som ett naturligt drag hos musiken. Vi förväntar oss inte att den skall förtydliga något, utan uppfattar den som en auditiv upplevelse i sig själv.²³ Hur vi uppfattar musik i olika sammanhang är dels beroende av vilka medier som förmedlar den, dels det sociala sammanhang (kontext) som musiken ingår i och dels av örats och ögats sätt att fungera var för sig och tillsammans.²⁴

Under ungdomen spelar musiken, speciellt olika populärmusikaliska genrer, en viktig roll för människans såväl personliga som sociala utveckling. I ungdomars mediekonsumtion är det musiken som dominerar i form av fonogram, radiolyssnande och musikvideor samtidigt som den ofta utgör ett framträdande inslag i deras val av TV-program och filmer. Populärmusiken förkroppsligar ofta upproret eller revolten mot samhället, skolan eller föräldrarna.²⁵ Den äldre generationen lyssnar i sin tur på den musik som de växte upp med. Dessa melodier får ett nostalgiskt skimmer över sig och används därför flitigt inom media.

Generellt sett kan vi utgå ifrån att musikens potentiella förmåga att beteckna något utöver sig själv utökar när den förenas eller samspelar med andra uttrycksformer och teckensystem, t.ex. musik kombinerat med reklam.

2.2 Vad är en sound alike?

Speciellt inom populärmusiken är det vanligt förekommande att kompositörer och musikproducenter beaktar rådande musiktrender, såsom

²³ Bjurström, Erling, Sälj det i toner, s. 28.

²⁴ Bjurström, Erling, Sälj det i toner, s. 29.

²⁵ Bjurström, Erling, Sälj det i toner, s. 38.

instrumentering och ljudbilder (s.k. sounds), vid skapandet av ny musik.²⁶ I de flesta fall ”lånar” kompositören ett antal takter från ett redan existerande verk och sätter in takterna i sitt eget komponerade musikstycke. Tillvägagångssättet sker oftast genom sampling eller genom att spela in det aktuella musikstycket på nytt med en ny instrumentering.²⁷

Sampling har sitt ursprung från hip-hop-kulturen på 1980-talet. I och med teknikens framfart kunde man med hjälp av en s.k. sampler (en maskin som sparar ljud i minnesbanker) kopiera stora alternativt små ljudslingsor från andra melodier och producera nytt material. Antingen hela eller delar av ett verk kan samplas. Man ”sparar” det för musikverkets karakteristiska form och ”sound”, medan man väljer att ändra harmonin eller rytmen (d.v.s. vad som traditionellt anses vara delar av ett musikverks essens).²⁸ Genom att bearbeta en sampling, t.ex. genom att förvränga, fasförskjuta, duplicera eller rytmisera, kan man få ljudet att låta annorlunda än ursprungsljudet och därigenom skapa ett nytt verk utan något krav på närvaro av levande musiker.²⁹

Det är inte ovanligt att man försöker återskapa ett sound, exempelvis ”Beatles”-soundet, men här, till skillnad från de andra metoderna, kopierar man inte ett antal takter, utan man försöker att återskapa den musikaliska känslan som förmedlas genom det tidigare musikstycket.

En sound alike kan vara både ”lån” av en annan kompositörs takter och en ny instrumentering av ett musikstycke. Den kan även vara ljud från personer som någon imiterar. En sound alike fungerar i praktiken endast om musiken eller imitationen härstammar från ett verk som bär på så positiva och välkända associationer att den kan användas i reklamfilm.³⁰

Den främsta anledningen till att sound alike används så flitigt idag är att reklamföretagen har blivit alltmer medvetna om värdet av det renommé och den image som finns att hämta i musikaliska verk och som man på ett billigare och snabbare sätt kan dra nytta av genom en sound alike.

En bidragande faktor till ökad användning kan vara teknikens utveckling. Datorn har intagit musikerns ställe. Istället för att spendera mycket pengar på flera musiker som hade till uppgift att bearbeta det ursprungliga verket till en sound alike, har man nu en dator som gör jobbet. Med datorns hjälp har man även möjlighet att sampla delar från det ursprungliga verket och få det att låta ännu mer likt ursprungsverket än vad en musiker skulle kunna åstadkomma. Detta gör att sound alike-fenomenet blir enormt mycket mer ekonomiskt intressant i dagens datoriserade samhälle.

²⁶ Lennemark, Richard, Högsta domstolen tar sig ton rörande musikplagiat, NIR 2002 s. 589.

²⁷ A.a, s. 589.

²⁸ Weincke, Willy, Bemaerkninger om ophavsretten til musikverker, s. 13.

²⁹ Karnell, Gunnar, Digitalisering och upphovsrätt (Nordell, Per Jonas, Det upphovsrättsliga skapandets villkor i tider av digital teknik) s. 28.

³⁰ Bjurström, Erling, Sälj det i toner, s. 94.

Det är viktigt att i detta sammanhang tänka på att upphovsrätten inte ger skydd för själva idén, utan enbart skyddar verket i den utformning som dess upphovsman har givit det.³¹ Detta betyder att det är tillåtet att använda samma instrumentering, tempo, samma typer av harmonier, samma övergripande ljudbilder etc. som i tidigare verk, men utan tillstånd av den ursprunglige upphovsmannen är det inte tillåtet att återanvända den konkreta utformningen i ett nytt verk. I fall när endast idéinnehållet går igen och har inspirerat till det nya verket är det oftast fråga om att det nya verket har skapats i fri anslutning till det tidigare.³² Problemet är att det i dessa fall inte är helt enkelt att dra gränsen mellan ett verk som har inspirerats av ett verk och därmed har skapats i fri anslutning till verket och ett verk som återger det tidigare verket och därför gör intrång. Problemet har länge varit omdiskuterat och är i praxis och förarbeten fortfarande olöst. Kan några kvantitetskrav uppställas för att ett alster på musikområdet skall uppnå verkshöjd och hur mycket kan ”lånas” av ett tidigare musikverk utan att intrång är för handen?³³

2.3 Traditionell lösning av musikaliska identitetsproblem

Enligt en av upphovsrättens traditionella uppfattningar, som har vuxit fram under den franska revolutionen, står upphovsrättens grund på upphovsmannens personlighet som är nedlagd i verket. Kriterierna söks i verkets originalitet utifrån verksskapandet. En analys företas i pedagogisk-tekniska termer för att se vilka grundelement upphovsmannen sammanfogar sitt verk med.³⁴

Inom musiken föreligger det tre musikaliska grundelement för att ett musikverk skall existera:

1. Melodi
2. Harmoni
3. Rytme

Melodin, vilken i detta sammanhang innebär en räkka efter varandra följande toner i olika höjdläge, är det enda elementet som självt skulle kunna representera originaliteten i verket³⁵, men för att skapa ett musikverk behövs resterande två element.³⁶ Harmonin spelar sin roll genom att melodin förenas genom intervallernas samspel, vilket medför ett harmoniskt

³¹ Idéskydd beskrivs utförligt nedan.

³² Lenemark, Richard, Högsta domstolen tar sig ton rörande musikplagiat, NIR 2002 s. 590.

³³ A.a., s. 590.

³⁴ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 42.

³⁵ Detta är en omstridd fråga. Den har analyserats av både Brilioth och Karnell, men att gå djupare in i ämnet kan tänkas föra utanför detta arbetes gränser.

³⁶ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 42.

sammanlänkande av densamma, d.v.s. att tonernas harmoniska förhållanden bringas i dagen.³⁷ Slutligen måste det finnas rytm för att man skall kunna kalla ett verk för musikaliskt, vilken kan definieras som en utformare av förbindelsen mellan tonerna i melodins ström.³⁸

Genom att tonerna förenas och ordnas inom dessa tre grundelement uppstår ett musikaliskt verk. Alla tre element måste alltså närvara.³⁹ Detta är det traditionella synsättet. Det har senare poängterats att verket inte behöver vara sångbart. Det behöver inte heller vara fixerat i form av noter eller inspelningar för att klassas som ett musikverk. Skyddsförutsättningarna är desamma som vid andra skydd av alster, d.v.s. att det skall föreligga en tillräcklig grad av individuell och konstnärlig särprägel.⁴⁰

Inom musiken med det nästan oändliga antalet kombinationer förefaller det knappast möjligt att föreställa sig någon slumpmässig överensstämmelse mellan en större del av innehållet i två s.k. seriösa tonsättares verk. Om det föreligger stora likheter, kan detta bero endast på medvetna eller omedvetna reminiscenser av det tidigare verket eller från en förebild som båda tonsättarna har gemensam. När det gäller populärmusiken kan det vara lättare att resultatet kan bli överensstämmande.

Grundelementen har satts under lupp den senaste tiden, eftersom man emellanåt inte kan urskilja elementen vid utvecklingen av moderna musikgenrer. Många har därför försökt att finna nya verkskvalifikationer. Ett förslag som härstammar från utländsk doktrin är att föra över bedömningen av vad som är skyddsvärt från subjektet till objektet, d.v.s. att inte fokusera på fakta vid verkets nedtecknande, utan på hur det uppfattas, hur verket låter.⁴¹

Vem är det som skall bedöma om två verk liknar, låter eller uppfattas som alltför beroende av varandra - en expert eller en normallyssnare. Enligt Ljungman skall, vid bedömning av om två verk är likadana, inte en domare avgöra en eventuell överensstämmelse, utan utomstående sakkunskap skall tillämpas för att säkra en objektiv bedömning.⁴² Brilioth anser att det ideala vore en slags jury bestående av representanter för det för respektive musikgenre ”normala” auditoriet.

Idag nöjer man sig med att domaren avgör likheten genom en teknisk analys. Många gånger rör det sig trots allt om enkla schlagerkompositioner. Vid komplicerade fall skall det avgöras av sakkunniga som bör utföra en generell likhetsbedömning och inte en teknisk analys.⁴³

³⁷ Karnell, Gunnar, Om rättsligt skydd för melodier, s. 161.

³⁸ A.a., s. 161.

³⁹ A.a., s. 161.

⁴⁰ Christiansson, Johan, Upphovsrätt och närliggande aspekter musiksampling, s. 28.

⁴¹ Nordell, Per Jonas, Musikens skyddsförutsättningar, Ton och rätt, STIM 75 år, s. 85.

⁴² Ljungman, Seve, Strövtåg inom upphovsrätten och industriellt rättsskydd, Något om juridik och musik, 66.

⁴³ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 62.

Den andra typen av musikaliska verksavgränsningsproblem, utöver den franska, används inom nordisk och tysk rätt och bygger på att ett verk har en verklig och en fiktiv immateriell existens frigjord från det direkta sambandet med upphovsmannens personlighet. Huvudfrågan blir om verket eller verksdelen har individualitet och om, vid en jämförelse med ett annat verk, det äger sin ”egen” individualitet, bedömt med allmänna kriterier. Medan den förra riktningen bygger på en deduktion av en teknisk analys, beskrivs verkets individualitet här med allmännare ordalag och det blir istället en bedömningsfråga. Avgörande blir skiljelinjen mellan vad som kan karakteriseras som musikaliskt allmängods⁴⁴ och vad som är verkets eller delar av ett verks individuella drag.⁴⁵ Brilioth anser att den andra metoden faller sig mer naturlig vid en praktisk verksjämförelse. Allmänna individualitetskriterier som inte fäster en avgörande vikt vid tekniska analyser av verken bör inte tillämpas. Man skall snarare fästa avseende vid ett helhetsintryck.

Den tredje och sista metoden härstammar från amerikansk och engelsk rätt. Verksidentiteten är mer avskuren från upphovsmannen. Eftersom bundenheten till skapandet är svagt, innebär det att originalitetskraven är svagare än i andra länder. Här saknas det dock vetenskapliga teoribyggnader. Principerna får hämtas från rättsfallsfloran. Man skyddar förfogandet över verket som en ekonomisk tillgång snarare än man skyddar en konstnärs personliga skapelse. Här utgår man inte från en individuell skaparinsats när man kvalificerar upphovsmannaskap, utan man går efter måttet ”skill and labour”, en någorlunda kvalificerad arbetsinsats.⁴⁶

Gemensamt för samtliga tre ovan beskrivna metoder är att man tar sikte på den personliga individualitet som upphovsmannen lägger ner i verket. Brilioth är av en litet annorlunda uppfattning. Han anser att den personliga individualiteten kan bli intressant endast när den är urskiljbar i det färdiga resultatet och faktiskt kan bidra till verkets identitet som distinkt från andra verk. Det väsentliga är hur verken uppfattas av gemene man.⁴⁷ Om två musikverk inte ”låter” som två skilda musikverk, inkräktar de inte på varandra. Det kan de däremot göra om de ”låter” som samma verk.

Karnells uppdelning av musiken i harmoni, rytm och melodi kan vara ett problem, eftersom de inte utgör några element i sig som musiken består av, utan endast termer som används för att beskriva musiken ur en viss synvinkel. Det kan användas i de fall man vill formulera musikverket i ett teoretiskt pedagogiskt perspektiv, men inte när man vill analysera själva musikupplevelsen. Brilioth menar här att det med hjälp av dessa tre element skulle vara svårt att peka ut någon av dem som särskilt avgörande för

⁴⁴ Till allmängods räknas kompositionsteknik, formschemata, skaltyper och allmänna instrumentationsprinciper.

⁴⁵ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 47.

⁴⁶ A.a., s. 52.

⁴⁷ Christiansson, Johan, Upphovsrätt och närliggande aspekter musiksampling, s. 29.

exempelvis en likhetsupplevelse beträffande två musikverk, eftersom de är i ett alltför komplicerat och intimt förhållande till varandra.⁴⁸

En annan metod som man enligt Brilioth skulle kunna använda är att jämföra akustiska mätningar av de två verken i klingande form. Han förkastar dock denna metod, eftersom man inte har kännedom om hur ett verk upplevs (perceptionen av verket) och de akustiskt mätbara fenomenen. Man skulle alternativt kunna jämföra verkens noter, vilket inte är ovanligt i upphovsrättsliga sammanhang, men även här brister kännedomen om dess relationer till det faktiska uppfattandet av musiken. Man kan dock uppfatta vissa likheter vid en notanalys som inte är hörbara vid ett åhörande. Det Brilioth förespråkar är en jämförelse baserad på det direkta uppfattandet av verken i dess klingande form. Likhetsbedömningen skall vara generell och spontan istället för att den skall grunda sig på tekniska analyser efter Karnells förespråkande av uppdelningen i melodi, harmoni och rytm. När det gäller ett verks minsta relevanta delar anser han att generella påståenden om så små delar som motiv eller fras som avgörande för en allmän verksavgränsning är tämligen ogrundade.⁴⁹ Brilioths metod ter sig bättre än de i upphovsrättssammanhang brukade metoderna, eftersom den bättre korresponderar med hur vi uppfattar verken.

⁴⁸ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 59f.

⁴⁹ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 61.

3 Musik som reklambärare

3.1 Musikens betydelse i reklam

Det är stor skillnad mellan hur vi tar emot musiken jämfört med andra uttrycksformer, men det är konstaterat att vi människor genom musiken i inte endast olika medier utan även med bakgrundsmusik i restauranger och i varuhus, påverkas av denna på olika sätt. Valet av musik (livlig eller långsam) avgör i hög grad en konsuments beteende och köpmönster.⁵⁰ Musik har en direkt kroppslig appell d.v.s. man känner den i hela kroppen till skillnad från andra medier.⁵¹

Melodier eller låtar kan föra med sig såväl starka personliga som intersubjektiva betydelser. De flesta musikaliska stilar, genrer och t.o.m. ”sound” kan på motsvarande sätt vara laddade med innebörder och betydelser och därför försöker reklambranschen på olika sätt kombinera rätt melodier med rätt produkter för att nå in i konsumentens medvetande och beröra personen på ett visst sätt.⁵² Reklamens syfte är att etablera en koppling mellan den vara som bjuds ut och några av de föreställningar som finns i ett samhälle. Reklamen lånar på detta sätt mening, innebörder eller betydelser från etablerade kulturella föreställningar och för över dem till en speciell vara. Varor för vilka den stilmässiga profileringen är viktig, som t.ex. kläder, marknadsförs i de flesta fall med en relativt starkt profilerad musik.

När det gäller sound alikes brukar man ofta använda sig av melodier som är mainstream, d.v.s. populärmusik. Med det menas musik som är mindre distinktiv och har en mer omfattande spridning än andra musikstilar. Mainstreammelodier är inte knutna till någon speciell målgrupp eller stil på samma sätt som t.ex. hip-hop eller hårdrock. Tanken är att melodierna skall stöta bort så få människor som möjligt snarare än attrahera så många som möjligt.⁵³

När man använder sig av gamla hits är tanken att deras attraktionskraft, symboliska laddningar, innebörder och betydelser förs över till olika varor (eller märken). Detta kommer att behandlas utförligare i avsnitt 3.4. Ett exempel på ett varumärke som har anammat gamla hits till sina reklamfilmer är Levi's.⁵⁴ Användningen av gamla hits i reklamen tyder på att dagens populärmusik kommer att användas som framtidens

⁵⁰ Olsson, Henry, Copyright, s. 89f.

⁵¹ Bjurström, Erling, Sälj det i toner, s. 48.

⁵² A.a., s. 52.

⁵³ A.a., s. 54.

⁵⁴ A.a., s. 63.

reklammusik.⁵⁵ Det är dock genom sound alikes som många av dagens hits redan används i reklam.

Reklamfilmerna är ofta mycket korta, vilket gör att budskapet som går via bild, text, ljud måste vara mycket koncis och direkt. Annars förlorar man tittaren som hela tiden har möjligheten att byta kanal.⁵⁶

Grundläggande funktioner som kan urskiljas i tv-reklammusik är:

1. att skapa bakgrund och atmosfär,
2. att illustrera eller understryka ett skeende i dialogen och de rörliga bilderna, rörelse, tempo, stämning, tid eller plats,
3. att markera ett reklaminslags inledning respektive avslutning,
4. att understryka vissa egenskaper hos eller associationer till varan och
5. att understödja minnet av varan eller reklamen.

Syftet med sound aliken är att uppfylla p. 4–5, vilka har gått igenom ovan, men p. 5 kommer att behandlas även i kapitlet om varumärken.

3.2 Musikval

Vilken sorts musik man skall välja är väldigt viktigt när det gäller att stryka under vissa egenskaper hos eller associationer till varan. Den här typen av musik har oftare en starkare stilistisk profil. Stilen, låten eller artisten har egenskaper eller bär associationer som förknippas med varan. En speciell association går att urskilja när tv-reklamen med musikens hjälp vänder sig till en viss målgrupp. Man stöter då medvetet bort en del av publiken.

3.3 Konsumentens beslutsprocess inför ett köp av en vara

Vi är idag som konsumenter medvetna om att vi är just konsumenter, självbilden knyts allt starkare till konsumtion. Majoriteten av saker som vi gör grundar sig på konsumtion i någon form: upplevelser, känslor, livsstilar likväl som produkter och tjänster.

Enligt Melin, köper kunden en märkesprodukt. Dessa två intimt förknippade ord kan i vissa hänseenden variera beroende på produktkategorin, köpsituationen och graden av engagemang. Av produkten och varumärket är det det sistnämnda som är beständigast, t.ex. Coca-Cola som har funnits på marknaden i över hundra år, men produkterna som de representerar har med tiden förändrats genom en intensiv produktutveckling.⁵⁷

⁵⁵ A.a., s. 95.

⁵⁶ Bjurström, Erling, Sälj det i toner, s. 65.

⁵⁷ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 37–38.

Varumärkets image kan i hög grad påverka en konsuments produktval. Imagen är viktig både för den egna självbilden och för den bild av sig själv som konsumenten vill förmedla till andra. Det är väl framförallt i reklam för lyxprodukter som varumärkets symboliska värde visas tydligt.⁵⁸

Sound aliken i reklamen iklär sig rollen som imageförstärkare genom att den innan den integreras i reklamen redan via originalverkets popularitet, som oftast är en hitlåt av någon aktuell artist, har fått en imagestatus. Varumärket förstärker då sin redan inarbetade image eller skapar sig en med hjälp av det musikaliska verket.

För att förstå ett varumärkes värde måste man förstå vilken betydelse konsumentens beslutsprocess har. En av märkeshavarens främsta uppgifter är att väcka engagemang hos konsumenten, eftersom lågt engagemang inte anses ge upphov till en stark och varaktig märkeslojalitet. Eftersom graden av engagemang har ansetts påverka individens mottaglighet för information, delas det in i en låg och en hög grad av engagemang. Till den låga graden av engagemang hör dagligvaror, vilket konsumenten anses vara en passiv mottagare av information av. Till skillnad från den höga graden av engagemang där konsumenten aktivt söker efter information måste informationen söka upp konsumenten vid den låga graden av engagemang.⁵⁹

Av de exempel som jag har hört av sound alikes i reklamsammanhang kan samtliga kopplas till dagligvaror, vilket innebär att de används till marknadsföring av varor som hör till den låga graden av engagemang.

Det är tre faktorer som spelar in på de två olika graderna av engagemang, nämligen individen, produkten och situationen. Dessa tre faktorer sammanfogas sedan till en s.k. engagemangsprofil som i sin tur är indelad i fyra variabler: personligt intresse, upplevd risk, symbolvärde och njutningsvärde. Genom att påverka dessa variabler har märkeshavaren möjlighet att påverka graden av engagemang. Resultatet för märkeshavaren vid en engagemangshöjning är en minskad priskänslighet och en ökad märkeskänslighet för konsumenten.⁶⁰

En annan viktig uppgift för märkeshavaren är att skapa märkeskännedom, d.v.s. visa för konsumenten att varumärket existerar. Antingen går konsumenten på en spontan erinran, vilket är mest eftersträvansvärt men svårast att uppnå, eller så behöver han en viss assistans för att hjälpa minnet på traven. Den spontana erinran är framförallt viktig när det kommer till lågengagerade produkter.⁶¹

Även om den spontana erinran är låg bland konsumenter så är det viktigt att konsumenten åtminstone har latent kännedom om varumärket, eftersom det

⁵⁸ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 30.

⁵⁹ A.a., s. 40.

⁶⁰ A.a., s. 41.

⁶¹ A.a., s. 41.

definitiva köpbeslutet för dagligvaror fattas i affären. Därför kan det vara tillräckligt att konsumenten känner igen och påminns om varumärket på plats.⁶²

Det är viktigt för märkeshavaren att ständigt påminna konsumenten om varumärket, inte endast genom att upprepa dess namn, utan även genom positiva märkesassociationer hos konsumenten. Genom starka sådana associationer undviker man priskonkurrens mellan produkter.⁶³

Upplevd kvalitet är en av de viktigaste varumärkesassociationerna. Detta innebär för märkeshavaren att han måste översätta den faktiska kvaliteten till kvalitetsförväntningar. Förutom en hög och jämn faktisk produktkvalitet, som är en inneboende egenskap, räknas här också yttre attribut som t.ex. reklamens utformning och omfattning, vilka kan påverka konsumentens syn på varumärkets kvalitet.

Sound aliken går in under kvalitetsassociationer baserade på emotionella värden. Dessa associationer har sitt ursprung bl.a. i användare, livsstil och kändisskap. Det är i detta fall viktigt att märkesprodukten ger ett helhetsintryck som förmår att skapa en tydlig och enhetlig bild i konsumentens medvetande. Konsumentens samlade intryck skall resultera i en image som är stark, positiv och konkurrenskraftig.⁶⁴

Förutom de ovan nämnda begrepp som hör till konsumentens beslutsprocess så finns det ytterliggare två: mervärde, vilket är ett uttryck för skillnaden i innebörd mellan begreppen märkesprodukt och generisk produkt, och märkeslojalitet som är ett kontinuum som sträcker sig från fritt märkesväxlande till fullständig lojalitet.⁶⁵

Jedbratt tar i sin bok, Morgondagens reklammarknad, upp konsumentens beteende vid köp av en vara från konsumentens synvinkel. Han delar in det i fyra konsumtionsbeteenden: konsumtionen som en del i byggandet av en livsstil, nostalgikonsumtion, rutinkonsumtion och emotionell konsumtion.⁶⁶

Den första av dessa fyra trender bygger på konsumentens livsstil. Konsumenter jämförs med skådespelare som är försedda med noggrant utvalda kläder, språk och rekvisita för att kunna spela sin roll på bästa sätt, även kallad the role theory.

Den situationsbaserade livsstilen beror på den ständiga förändringen i samhället, på arbetsplatsen och på marknaden som konsumenten måste anpassa sig till, vilket så småningom formar en ny livssituation för människor. Den situationsbaserade livsstilen representerar ett maktskifte mellan säljare och köpare, mellan konsument och producent. Konsumenten

⁶² Franzén, Peer, Effektiv reklam, s. 49.

⁶³ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 43.

⁶⁴ A.a., s. 44.

⁶⁵ A.a., s. 46.

⁶⁶ Jedbratt, Jörgen, Lindgren, Mats, Morgondagens reklammarknad, s. 61.

vet flera gånger bättre vad denne har för önskemål och förväntningar på konsumtionen än vad producenten har. Konsumenterna är mer medvetna än någonsin om vad de vill ha, vilka myter de skall ta åt sig i reklamerna och hur de skall komponera olika produktkonstellationer för att skapa sin arena.⁶⁷

Nostalgikonsumtionen innebär en jakt efter trygghet där man tänker tillbaka på den gamla goda tiden och därigenom återknyter kontakten med sitt gamla jag. Saker som känns bekanta och där funktion och design symboliserar gammaldags värden och lanseras med nostalgiska förtecken kan i allt det nya och oprövade kännas bekant.

Rutinkonsumtion är konsumtion som ingår i de dagliga rutinerna. Tidsbristen, upplösningen av gränserna mellan arbete och fritid, högre krav på bekvämlighet etc. kommer att vara viktiga nyckelord i utvecklingen av den framtida rutinkonsumtionen.

Den emotionella konsumtionen görs p.g.a. en tydlig lojalitet, erkänsla, värme, passion och starka känslor för en produkt. Reklamfilmernas uppgift blir att producera tillräckligt bra emotionella sagor som konsumenterna tar till sig, men man skall inte tro att konsumenterna är blinda för dessa ofta manipulerande krafter. Man har istället börjat tillämpa en självironi till reklamen, vilket uttryckligen säger att: ”nu är det reklam och vi vill att du skall köpa, och vi vet att du vet det också”.⁶⁸

Den ökande medvetenheten får konsumenterna att se reklamen som en sport där de duktiga reklamproducenterna belönas och där de dåliga straffas. Reklamens utformning och val av kanal blir alltså integrerande i själva varumärket och därmed ökar dess betydelse dramatiskt.⁶⁹

Konsumenterna förhåller sig olika till olika produkters värden och image, vilket för märkeshavarna innebär att de måste anpassa sin marknadsföring till den gruppering som de vill marknadsföra sig gentemot. Enligt Jedbratt delas grupperingarna in i seniorer – krigsgenerationen, fyrtioalistgenerationen, generation x – den globala generationen och generation y – den digitala generationen.⁷⁰

De två första generationerna behöver knappast en förklaring men de två övriga skall här nedan förklaras litet utförligare. Detta är en rätt så hårddragen målgruppsindelning. Givetvis måste man i de flesta fall sortera ännu snävare för att nå sin specifika målgrupp, man skall ta hänsyn bl.a. till tjockleken på plånboken, olika smak och intressen och dessutom olika beteenden⁷¹ men tanken med detta är endast att visa hur man skulle kunna applicera sound alikes på de olika målgrupperna.

⁶⁷ Jedbratt, Jörgen, Lindgren, Mats, Morgondagens reklammarknad, s. 62.

⁶⁸ A.a., s. 64.

⁶⁹ A.a., s. 65.

⁷⁰ A.a., s. 67.

⁷¹ Franzén, Peer, Effektiv reklam, s. 50.

Generation x, på engelska kallad babyboomerangs efter att en stor andel ungdomar har varit tvungna att flytta hem igen p.g.a. att ha misslyckats med att skaffa sig ett arbete, är den mest undersökta gruppen någonsin. Skolan har fostrat en mycket individualistisk generation som inte gillar att klumpas ihop till kommersiellt styrda målgrupper. Det är framförallt tv-kanalen MTV som har påverkat denna generations image i stort. Internet är en självklarhet för denna grupp.⁷²

Generation y – den digitala generationen har vuxit upp med TV, dataspel, datorer m.m. Den digitala arenan är vad denna generation vänder sig till. Denna grupp är dock kritisk till den manipulation som medierna åstadkommer.

Reklammakarna kan genom att följa dessa olika grupperingar och givetvis ta hänsyn till vilken produkt som skall marknadsföras, få en uppfattning om vilken sound alike som skall sättas in för att få effekt. En sound alike som skall användas i en reklam som marknadsför sig till någon av de uppräknade målgrupperna har syftet att få målgruppen att känna igen verket och relatera detta till originalverket med dess tillhörande image. Om målgruppen är över eller under avsedd generation fyller inte syftet sin funktion, vilket gör att hela reklamen förlorar sin effektivitet.

3.4 Märkesuppbyggande reklam

Den märkesuppbyggande reklamen spelar en central roll i marknadsföringen av konsumentvaror. Reklamens funktion är att informera, övertyga och påminna konsumenterna om en märkesprodukts konkurrensfördelar. Det är viktigt att reklamen både talar till och tilltalar konsumenten. P.g.a. ett allt större reklamutbud är svårigheten att nå ut till konsumenten betydande.⁷³ Det krävs alltså ett djupare partnerskap med kunderna. Det är kundernas behov och möjligheter som styr företagets kommunikation.⁷⁴

Vid själva lanseringen av en produkt har reklamen en mycket viktig betydelse, men även efteråt har den en viktig funktion, eftersom den fungerar som en påminnelse om produkten. Om vi som konsumenter inte blir påmind om en produkts existens, glömmer vi snabbt bort den och märkeskänedom, liksom märkeslojaliteten, riskerar då att avta.⁷⁵

För att den varumärkesuppbyggande reklamen skall ge konkurrensfördelar får den en unik identitet. Då den kommunikativa identiteten utformas bör målet vara att sammanlänka de olika kommunikativa elementen till en

⁷² Jedbratt, Jörgen, Lindgren, Mats, Morgondagens reklam, s. 67.

⁷³ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 153.

⁷⁴ Jedbratt, Jörgen, Lindgren, Mats, Morgondagens reklam, s. 53.

⁷⁵ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 153.

integrerad enhet. De viktigaste elementen är enligt Melin, tematisk, visuell, verbal och audiell identitet.⁷⁶

För att uppfylla den märkesuppbyggande reklamens syfte, vilket är att tillföra varumärket en extra dimension i form av ett kommunikativt mervärde, är en av förutsättningarna att den kommunikativa identiteten uttrycks på ett enhetligt sätt oavsett om budskapet förmedlas via radio, TV eller annan reklammedia. Reklamfilmen lämpar sig väl för att skapa ett emotionellt engagemang för en märkesprodukt.⁷⁷

Samtliga identiteter skall samordnas till en integrerad enhet, men givetvis kan en identitet sticka ut mer än den andra, vilket får till följd att den i hög grad präglar den kommunikativa identiteten. I sound alike-fall är tanken just att endast en identitet, d.v.s. den audiella, skall präglare reklamen. I annat fall är det meningslöst att ha en känd melodislinga om man inte har för avsikt att få den att dominera reklamen.

För att klargöra detta med ett exempel kan man lyssna på Hemglass karakteristiska signaturmelodi som då får den audiella identiteten som det viktigaste elementet i den kommunikativa identiteten.

⁷⁶ A.a., s. 311.

⁷⁷ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 311.

4 Sound alike i ett marknadsrättsligt perspektiv

4.1 Marknadsföringslagen

Kan marknadsföringslagen (1995:450) tillämpas på sound alikes? Som ett led i arbetet skall denna lag närmare undersökas och de områden som kan tänkas tillämpas på sound alikes skall analyseras.

Lagens syfte är att främja konsumentens och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.⁷⁸ Som tolkningsunderlag för MD:s dömande verksamhet och för utformningen av marknadsföringsrätten har den Internationella Handelskammarens (ICC) Grundregler för reklam och säljfrämjande åtgärder spelat en stor roll.⁷⁹

4.1.1 Sound alike och renommésnyltning

4 § MFL betecknar MFL:s faktiska tillämpningsområde: ”marknadsföringen skall stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Vid marknadsföringen skall näringsidkaren lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt.”⁸⁰ God affärssed syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring och definieras i 3 § MFL. Man åsyftar ICC:s Grundregler för reklam och säljfrämjande åtgärder.⁸¹ I 4 § MFL ger orden: ”även i övrigt vara tillbörlig” MD en viss frihet i sin dömande verksamhet, d.v.s. den är inte låst till rådande läge eller bunden av gällande värderingar i näringslivet.⁸²

4 § MFL, som är en generalklausul, utgör lagens grundregel. Genom denna lagstiftningsteknik förblir lagens tillämpning flexibel och kan utvecklas i takt med marknadens beteende. En marknadsföringsåtgärd skall, i enlighet med den omfattande praxis som föreligger, betraktas som oförenlig med generalklausulen om åtgärden typiskt sett är otillbörlig. Det ställs inga krav på uppsåt eller vårdslöshet hos den som talan riktar sig mot för att förbudssanktionen skall kunna tillämpas.

⁷⁸ 1 § MFL.

⁷⁹ Nordell, Per Jonas, Marknadsrätten. En introduktion, s. 46.

⁸⁰ 4 § MFL.

⁸¹ Nordell, Per Jonas, Marknadsföringsrätten. En introduktion, s. 47.

⁸² Nordell, Per Jonas, Marknadsrättens goodwillskydd, s. 31.

Otillbörlig renommésnyltning kan förbjudas enligt 4 § MFL. Med renommésnyltning förstås att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter, kännetecken eller andra symboler, figurer eller specifika koncept, utan att det föreligger förväxlingsbarhet eller vilseledande i övrigt, t.ex. genom att skapa oberättigade associationer.⁸³ Otillbörlig innebär, enligt MD:s praxis, att ”den snyltande” till sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenten vilken skapats genom insatser av den andre näringsidkaren. Detta kallas av MD för uppmärksamhetsvärdet.⁸⁴ Goodwill eller renommé behöver inte endast innehas av företag, utan även av fysiska personer och ideella organisationer.⁸⁵

ICC:s Grundregler för reklam och säljfrämjande åtgärder definierar renommésnyltning på följande sätt: ”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. Detsamma gäller ifråga om renommé som andra uppnått genom reklamkampanjer.” ICC säger vidare i art. 10, att ”reklam inte obehörigt får utnyttja namn, namnförkortning, logotyp och/eller varukännetecken som tillhör ett annat företag. Det goda renommé, som är förknippat med andra företags, organisationers, institutioners namn, kännetecken eller ensamrätt i övrigt får inte användas på ett otillbörligt sätt i reklam. Det gäller även för renommé som andra har byggt upp genom reklamkampanjer.”⁸⁶

Många avgöranden i MD om renommésnyltning har varit närbesläktade med vilseledande efterbildning (8 § MFL), utan att kunna bedömas som en sådan. Om MD anser ett vilseledande föreligga, brukar domstolen avstå från att pröva frågan om renommésnyltning. Tyvärr har sound alikes ännu inte prövats i MD:s praxis.

Det som utnyttjas måste vara väl känt på marknaden för att kunna bli förknippat med en annan näringsidkares renommé. Om detta inte uppfylls, anses det sakna ett tillräckligt uppmärksamhetsvärde att skydda.⁸⁷ Liksom i varumärkesrätten, krävs det begripliga och fullständiga upplysningar till allmänheten om ändamålet med varan så att det inte uppstår renommésnyltning eller ett kommersiellt samband mellan varor.

Ett exempel från praxis inom det aktuella området är Robinsson-fallet (MD 1999:21). I fallet hade OLW marknadsfört s.k. Robinssonchips i nära anslutning till tv-programmet Expedition: Robinsson. SVT, som sände programmet, ansåg att detta utgjorde renommésnyltning och vilseledande om kommersiellt ursprung. I fallet blev det renommésnyltning som ställdes på sin spets.

⁸³ Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, s. 294.

⁸⁴ A.a., s. 294.

⁸⁵ Nordell, Per Jonas, Marknadsrättens goodwillskydd, s. 119.

⁸⁶ A.a., s. 32.

⁸⁷ Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, s. 299.

I domen var det ostridigt att parterna hade förhandlat med varandra kring detta. Meningarna gick isär om vad det exakt var det förhandlades om, men det gällde ett visst godkännande från SVT att marknadsföra OLW-chipsen. Förhandlingarna ledde emellertid inte till att någon uppgörelse kunde träffas. OLW valde då, trots att någon överenskommelse inte hade kunnat ingås med SVT, enligt SVT, att i sin marknadsföring av chips snylta på SVT:s goda renommé i sin marknadsföring. OLW hävdade dock att man gjorde en del förändringar så att renommésnyltning inte skulle uppstå.⁸⁸

I Expedition: Robinsson-fallet saluhölls inte produkterna på samma sätt som produkter i allmänhet, utan blev exponerade för konsumenterna genom visningen i TV. Ett program kan därvid, om det uppmärksammas, på kort tid bli mycket välkänt för en stor mängd konsumenter, d.v.s. få ett uppmärksamhetsvärde. På grund därav kan det ha ett betydande kommersiellt värde att vid marknadsföring av andra produkter anknyta till programmet. Detta värde är dock i regel begränsat i tiden genom att TV-program ofta är aktuella i konsumenternas medvetande endast en relativt kort period.⁸⁹

Vidare bör förbudet begränsas till att gälla under sådan tid då TV-programmet är särskilt aktuellt i allmänhetens medvetande och behåller sitt positiva uppmärksamhetsvärde. Denna tid kan enligt Marknadsdomstolens mening bedömas vara den eller de perioder då programmet sänds i SVT och ett år efter sändningsperiodens slut.

MD biföll ej talan om vilseledande om kommersiellt ursprung av marknadsföring enligt 6 §, men OLW:s Robinssonchips utgjorde däremot renommésnyltning på SVT:s Expedition: Robinsson.

Expedition: Robinsson-fallet skiljer sig från föregående fall där fråga har varit om renommésnyltning. I detta avgörande var det inte fråga om anspelningar på eller anknytning till ett sedan länge inarbetat och välrenommerat produktkännetecken, utan på en flyktig företeelse i vilken ett uppmärksamhetsvärde hade uppkommit. Det som sänds i TV får, till skillnad från ett normalt varukännetecken, oftast en momentan inarbetning och ett renommé som endast uppnås under programmets sändningstid. Enligt MD var detta renommé i något vidare mening än vad som normalt avses med begreppet.⁹⁰

Många sound alikes använder man sig av i reklamfilmer ungefär vid samma tidsperiod som originalverket är populärt/aktuellt. Andra sound alikes används flera år efter originalverkets storhetstid, vilket kanske innebär att upphovsmannens renommé inte är lika högt som det vore i det första fallet och därför kan det bli svårt att tillämpa 4 § MFL. Borde ett år gälla även här? Musikvideor och musik slutar inte att sändas så abrupt som t.ex.

⁸⁸ MD 1999:21.

⁸⁹ MD 1999:21.

⁹⁰ Nordell, Per Jonas, Marknadsrättens goodwillskydd, s. 39.

Expedition: Robinsson. Man skulle här antingen kunna tillämpa en längre tidsperiod eller räkna ettårsperioden från den tiden när verket spelades som mest frekvent, vilket kanske skulle behöva avgöras av domstol. När värdet minskar i ett sound alike-fall kan vara svårt att avgöra.

Enligt förarbetena, där det diskuterades om sound alike skulle få sin egen reglering, beslutade man att hänvisa till MFL istället.⁹¹ Vilka paragrafer som skall tillämpas har det inte givits någon information om, men frågan är om en analogi med det ovan beskrivna fallet skulle kunna göras? Detta diskuteras utförligare i analysen nedan.

4.1.2 Vilseledande marknadsföring enligt 6 § MFL

Vilseledande påståenden och andra vilseledande framställningar är den ojämförligt vanligaste formen av otillbörlig marknadsföring. När en marknadsföringsåtgärd riskerar att vilseleda måste man utgå från mottagarkretsen. Vilken konsumentbild skall domstolen lägga till grund för sin bedömning? I Sverige har marknadsföringslagstiftningen ett konsumentskydd som huvudsyfte, vilket innebär att bedömningen bör tillgodose även svaga och oerfarna konsumentgruppers skyddsbehov. Man brukar i Sverige även utgå från konsumenten med ”normal” fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap men utan närmare kunskap om den vara eller tjänst som marknadsförs. Det torde räcka att en betydande del av mottagarkretsen löper risk för att vilseledas.⁹²

Den från praktisk synpunkt viktigaste och mest tillämpade bestämmelsen är 6 § MFL, vilken säger följande: En näringsidkare får vid marknadsföringen inte använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares näringsverksamhet.

Detta gäller särskilt framställningar som avser

1. produktens art, mängd, kvalitet och andra egenskaper,
2. produktens ursprung, användning och inverkan på hälsa eller miljö,
3. produktens pris, grunderna för prissättningen och betalningsvillkoren,
4. näringsidkarens egna eller andra näringsidkares kvalifikationer, ställning på marknaden, kännetecken och andra rättigheter,
5. belöningar och utmärkelser som har tilldelats näringsidkaren.

⁹¹ SOU 1983:65 s.32-35.

⁹² Bernitz, Ulf, Marknadsföringslagen, s. 44.

Med framställning avses ord, bild, tecken m.m. Det avser såväl muntliga som skriftliga framställningar, i annonser, broschyrer och på förpackningar, inklusive förpackningsdekor m.m.⁹³ Stadgandet är avsett att täcka alla framställningar som är ägnade att vilseleda. Det räcker med att göra sannolikt att framställningen verkar vilseledande. Det behöver inte påvisas att någon verkligen har blivit vilseledd.⁹⁴

Enligt etablerad praxis skall det vilseledande påståendet påverka efterfrågan på en produkt för att ett ingripande skall kunna ske. Genom detta krav utesluter man inslag av vilseledande karaktär, som är bagatellartade eller irrelevanta.⁹⁵

Domstolarna tillämpar omvänd bevisbörda vid prövning av frågan om en framställning i en annons eller annat reklammeddelande är vederhäftig, d.v.s. att det är annonsören som har bevisbördan, eftersom det är han som har tillgång till den dokumentation som kan styrka hans påståenden. Regeln har resulterat i att kravet på vederhäftighet kan upprätthållas effektivare än vad som annars hade varit möjligt.⁹⁶

6 § MFL är inte uttömmande, utan utgör endast exempel på vilka framställningar som kan anses vara vilseledande. En uppsåtlig eller oaktsam överträdelse av förbudet kan medföra sanktion i form av marknadsstörningsavgift enligt 22 §.

Den ursprungliga definitionen av vilseledande reklam ges i art. 2.2 i EG-direktivet om vilseledande reklam.⁹⁷ Som skyddsobjekt omfattas konsumenter, näringsidkare och även den stora allmänheten, men marknadsföringslagen är speciellt inriktad på att ge skydd åt konsumenten.⁹⁸ All reklam som på något sätt, däribland genom sin prestation, vilseleder eller sannolikt kommer att vilseleda de personer den riktar sig till eller dem som nås av den, så att deras ekonomiska beteende kommer att påverkas. Som vilseledande reklam förstås även reklam som av dessa skäl skadar eller sannolikt kommer att skada en konkurrent.⁹⁹ MFL har implementerat hela direktivet med smärre undantag, som saknar relevans i detta arbete.¹⁰⁰

Vilseledandebedömningen är i regel hypotetisk, vilket innebär att man prövar på grundval av sunt förnuft och allmän erfarenhet hur ett budskap torde uppfattas av adressaterna. Det som i första hand läggs till bedömningen är det helhetsintryck som ett reklammeddelande förmedlar vid en flyktig kontakt. Det som drar till sig uppmärksamheten, som bilder, rubriker och annat stoff, tillmäts särskild betydelse.¹⁰¹

⁹³ Prop 1994/95:123 s 166.

⁹⁴ Bernitz, Ulf, Marknadsföringslagen, s. 44.

⁹⁵ Bernitz, Ulf, Marknadsföringslagen, s. 44.

⁹⁶ Bernitz, Ulf, Marknadsföringslagen, s. 45.

⁹⁷ Direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam.

⁹⁸ Rosén, Jan, Uppsatser i Medierätt, Satellitsändningar och marknadsföring, s. 27.

⁹⁹ Direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam art. 2.2.

¹⁰⁰ Rosén, Jan, Uppsatser i Medierätt, Satellitsändningar och marknadsföring, s. 27.

¹⁰¹ Bernitz, Ulf, Marknadsföringslagen, s. 46.

Ett vilseledande om kommersiellt ursprung, som täcks av 6 § 2 st. 2 p. MFL, innebär att en näringsidkare drar nytta av en annan näringsidkares investeringar, t.ex. konkurrentens goda renommé eller goodwill, vilken utnyttjas genom utformning av egna förpackningar, produkter eller kännetecken på ett sätt som nära anknyter till den andres kända och särpräglade produkter.¹⁰² Det har i senare marknadsföringsrättslig praxis, slagits fast att vilseledande om kommersiellt ursprung kan tillämpas även vid en mer abstrakt anknytning till annan näringsidkares produkter än i fråga om produkt-, förpacknings-, eller känneteckensefterbildningar.¹⁰³

4.1.3 Vilseledande efterbildning

De stränga kraven för det varumärkesrättsliga skyddet för utstyrselar har haft en stark inverkan på utvecklingen av det marknadsrättsliga skyddet mot otillbörlig efterbildning. Orsakerna till att marknadsföringslagstiftningen ansågs smidigare och mer framkomlig än varumärkesrätten var den stränga inställningen i praxis till möjligheten att inarbeta utstyrselskydd, och de tidigare begränsade möjligheterna att få till stånd förbud inom immaterialrätten. Enligt 1970 års MFL utvecklades en relativt omfattande praxis på området för otillbörliga efterbildningar. De fall av vilseledande om kommersiellt ursprung i MD:s praxis har i huvudsak avsett förpackningsutstyrselar.¹⁰⁴ Vid 1980-talets mitt utreddes frågan om otillbörlig efterbildning av den s.k. Företagshemlighetsutredningen (FHU), som konstaterade att varumärkesrätten inte hade visat sig ge ett tillförlitligt skydd mot efterbildning. Man bestämde sig därför för att komplettera det efterbildningsskydd som redan fanns i MFL. FHU ville, p.g.a. en för svag skadestandsreglering, gå längre i sin utredning och föreslog därför en självständig lag om otillbörlig efterbildning, som inte resulterade i någon konkret lagstiftning.¹⁰⁵

1996 års MFL behandlar otillbörlig efterbildning i 8 § MFL. I paragrafen måste tre kriterier vara uppfyllda för att efterbildning skall förbjudas: En näringsidkare får inte använda efterbildningar i sin marknadsföring, som är *vilseledande* genom att de lätt kan *förväxlas* med någon annan näringsidkares kända och *särpräglade* produkter. Det gäller dock inte efterbildningar, vars utformning har ett *funktionellt* syfte.

Med efterbildning avses utformningar som är förväxlingsbara med hänsyn tagen till att konsumenten endast har en bleknande minnesbild kvar av produkten. Produkten måste vara känd och särpräglad för att den skall kunna ge upphov till en minnesbild. Förväxling i 8 § MFL avser i första hand förväxling beträffande det kommersiella ursprunget. Kommersiellt ursprung innebär att konsumenten uppfattar en viss produkt som en annan

¹⁰² Nordell, Per Jonas, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 456.

¹⁰³ A.a., s. 458.

¹⁰⁴ Nordell, Per Jonas, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 52.

¹⁰⁵ A.a., s. 58.

än den han avsett att köpa, p.g.a. dess kända ursprung, dess kvalitet eller annat som fått honom att särskilt uppskatta eller minnas produkten i fråga.

En produkt har särprägel om utformningen har en i huvudsak särskiljande funktion, d.v.s. att den har till ändamål att ge varan ett utseende som i estetiskt hänseende skiljer den från andra varor. Ordet känd syftar på att produkten i princip är inarbetad. Kravet på inarbetning är strängt och det måste visas att produkten är känd på marknaden.

I Karnov skriver Marianne Levin att det får anses att bestämmelsen i 8 § genom sin tillkomsthistoria och utformning öppnar för en utveckling av praxis inom andra områden än förpackningar, där skyddet har haft sin främsta och mycket stränga tillämpning.

De vanligaste otillbörliga efterbildningarna är förpackningsefterbildningar. Dessa efterbildningar är också lättare att komma åt än rena produktefterbildningar, där man efterbildar själva produkten, eftersom det är enklare att individualisera förpackningar. Ytterligare en typ av efterbildning är vilseledande ordkännetecken, där framförallt en mer specifik känneteckensförväxling har åberopats. Ordkännetecken, vilka är att anse som en form av vilseledande om kommersiellt ursprung, synes dock falla utanför 8 §, eftersom paragrafen närmast är avsedd för rena varu- och förpackningsutstyrslar, men MD:s praxis visar att vilseledande efterbildning i sig är att anse som en form av vilseledande om kommersiellt ursprung som således i så fall bör träffas av 6 § MFL (jfr ovan under 4.1.2).¹⁰⁶

4.1.4 Slutsats

Hur har en sound alike möjlighet att falla in under dessa paragrafer? Sound aliken produceras i syfte att efterlikna en melodi som används i reklam av en näringsidkare som har gott renommé eller goodwill. Den andra näringsidkarens syfte med sound aliken blir att han, genom att använda sig av en liknande melodi, vilseleder konsumenten om produktens kommersiella ursprung. Sound aliken måste dock anknyta till den första näringsidkarens kända och särpräglade produkter.

Sound alike som ljudkännetecken faller snarare in under 6 § 2 st. 2 p. än 8 § MFL. 6 § 2st 2p MFL är avsedd att täcka alla framställningar som är ägnade att vilseleda. 8 § MFL har både i praxis, med ordkännetecken och genom Marianne Levins kommentarer i Karnov velat visa att det finns plats för mer än bara förpackningsutstyrslar, men om en sound alike anses falla in under 8 § MFL är tveksamt. Om man anser att 8 § MFL inte bör tillämpas på sound alike täcks den i vart fall upp av 6 § MFL vilket kan anses vara tillräckligt.

¹⁰⁶ Nordell, Per Jonas, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 460.

5 Sound alikes i ett upphovsrättsligt perspektiv

5.1 Upphovsrättslagen

Upphovsrätten reglerar författares, kompositörers, konstnärers och andra skapande upphovsmäns rättigheter att bestämma över deras verk¹⁰⁷ och regleras i lagen (SFS 1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Länder runt om i världen har antingen baserat sin upphovsrätt på principen om copyright eller principen om droit d'auteur. Copyrightmodellen dominerar främst angloamerikansk rätt och är präglad av kommersiella intressen. Den är företagsvänlig, d.v.s. arbetsgivarvänlig i förhållande till den skapande arbetstagaren, men inte så fördelaktig när det kommer till den ideella rätten. Svensk upphovsrätt, som bygger främst på principen om droit d'auteur har emellertid hämtat inspiration även i copyright principen.¹⁰⁸

Lagen har haft i sikte att hela tiden styrka upphovsmannens skydd, vilket enligt Jens Schovsbo beror på att en stark ensamrätt innebär samhällsmässiga fördelar. Att hela tiden stärka skyddet är enligt Schovsbo inte hållbart längre. Han menar att man istället skall ta i akt allmänna hänsyn för att den samhällsmässiga utvecklingen skall fortskrida.¹⁰⁹ Problemet är att verket omges inte endast av upphovsrättsligt skydd, utan även av marknadsrättsliga, designrättsliga och av varumärkesrättsliga regler. Schovsbo kallar detta för en rättighetsinflation. Utgångspunkten i marknadsekonomin är ju faktiskt rätten att fritt kunna imitera.

Upphovsrätten skiljer mellan föremålet och verket i sig. Det är inte saker som skyddas, utan det är den intellektuella prestationen som är objektet. Den delas in i en ekonomisk och en ideell del.¹¹⁰ Rättigheterna är ensamrättigheter, vilket innebär att endast upphovsmannen, eller någon som har fått tillstånd av honom, har rätt att vidta någon av de åtgärder som rättigheterna förser honom med. Rättigheterna gäller både för verkets ursprungliga och dess bearbetade form.

De grundläggande ekonomiska rättigheterna enligt 2 § URL är:

- rätten att tillåta eller förbjuda varje form av mångfaldigande av verket,

¹⁰⁷ Olsson, Henry, Copyright, s. 20.

¹⁰⁸ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i Immaterialrätt, s. 64.

¹⁰⁹ Aa., s. 312.

¹¹⁰ Gustavsson, Stefan, Musikaliska verk och omarbetningar, s. 7.

- rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten; detta kan ske på tre olika sätt:
 - a) när verket överförs till allmänheten genom att det genom trådbunden eller trådlös väg görs tillgängligt för allmänheten från en annan plats än den där allmänheten kan ta del av verket,
 - b) verket framförs offentligt vilket endast innefattar fall då verket görs tillgängligt för allmänheten med eller utan ett tekniskt hjälpmedel på samma plats som den där allmänheten kan ta del av verket,
 - c) när exemplar av verket görs tillgängligt för allmänheten utan användning av ett tekniskt hjälpmedel på samma plats som den där allmänheten kan ta del av exemplaret och
 - d) när exemplar av verket bjuds ut till försäljning, uthyrning eller utlåning eller annars sprids till allmänheten.

Med överföring till allmänheten och offentligt framförande jämställs överföringar och framföranden som i förvärvsverksamhet anordnas till eller inför en större sluten krets.

De grundläggande ideella rättigheterna enligt 3 § URL är:

- rätten för upphovsmannen att bli namngiven då det sker ett utnyttjande av verket och
- rätten att motsätta sig ändringar av verket eller att det görs tillgängligt för allmänheten i en form eller i ett sammanhang som är kränkande för upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart.

Den ekonomiska rätten kan överlåtas medan den ideella rätten inte är överlåtbar.¹¹¹ Genom den ideella rätten markerar man det personliga förhållandet mellan konstnären och hans verk.¹¹²

Bredden av det upphovsrättsliga systemet får den effekten att det inte appliceras samma normer och principer på varje skyddad aktör och därför delas aktörerna in i två större grupper, dem inom nöjes- och IT-branschen med krav om att skydda deras verk, såsom film, musik, datorprogram och de klassiska upphovsmännen; författare, kompositörer, målarna m.fl. med krav om att skydda deras personlighetsrättsliga intressen. Den förstnämnda är bärare av den ekonomiska delen och den andra är bärare av den ideella.¹¹³

¹¹¹ Olsson, Henry, Copyright, s. 21. Jfr Nordell i Festskrift till Mogens Koktvedgaard, s. 383ff.

¹¹² Lärobok i immaterialrätt, Koktvedgaard, s. 148.

¹¹³ Schovsbo, Jens, Immaterialretlig status, s. 318.

Upphovsrätten är formlös, d.v.s. att den uppkommer utan några som helst formaliteter. Den utgör ett efterbildningsskydd, vilket innebär att lagen inte omfattar någon prioriterätt, d.v.s. att den inte skyddar mot andras självständiga prestationer som råkat bli liknande eller identiska.¹¹⁴

5.1.1 1 § URL

Vad som exakt skyddas av upphovsrätt framkommer i lagens första paragraf: ”Den som skapat ett litterärt eller konstnärligt verk har upphovsrätt till verket oavsett om det är...” och här räknas det upp under 7 punkter vilka verk som är att beteckna som upphovsrättsliga. Anledningen till detta var att Auktorrättskommittén beslutade att ge en exemplifiering av skyddade verk i första paragrafen. Den tredje punkten behandlar musikaliskt verk, vilket enligt kommittén inte behöver någon närmare förklaring. Det de vill påpeka är att det skall utgöra ett självständigt verk av konstnärligt skapande och att det inte skall gå under litterära verk.¹¹⁵ Sjunde punkten indikerar att uppräknningen inte är uttömmande. I förarbetena till 1 § URL förklarade Auktoritetskommittén att man hade som målsättning att göra en mer allmän beskrivning av lagens tillämpningsområde och inte som tidigare en uppräknning av andliga skapanden som skyddades. Man konstaterade därför att litterära och konstnärliga verk, såsom det står i 1 § URL, skall få utgöra den allmänna beskrivningen av det andliga skapandet.¹¹⁶

Verkets innersta kärna, d.v.s. dess ämne, motiv eller idé omfattas inte av skyddet, ej heller de tankar, erfarenhetsrön eller uppgifter om fakta. I betänkandet till 1919 års svenska upphovsrättslagstiftning sade man att ”den auktor som bland naturens och människolivets mångfald av ”ämnen” och ”motiv” utväljer ett och lägger det till grund för konstnärligt skapande, icke därigenom monopoliserat detsamma för sitt personliga bruk”.¹¹⁷ Det nämnda blir egendom för alla att ta del av utan att inkräkta i upphovsrätten. Det är endast verket såsom ett resultat av en individuell formgivning som är skyddat, inte de uttrycksmedel som däri kommit till användning, även om de är högst karakteristiska för upphovsmannen. Teknik, stildrag, manér o. dyl. ligger inte inom skyddsområdet för upphovsrätten.¹¹⁸

Den andliga verksamheten måste vara skapande som det står i paragrafen. Termen får dock inte vara för snäv i sin betydelse, eftersom en upphovsman oftast bygger vidare på de landvinningar på konstens och litteraturens fält, som hans föregångare har gjort. Ett blott refererande eller reproducerande av äldre verk grundlägger inte upphovsrätt. Det är helt utan betydelse om upphovsmannarätt föreligger till det äldre verket.¹¹⁹ Hur skall man

¹¹⁴ Lärobok i immaterialrätt, Kocktvedgaard, Mogens m.fl., s. 66.

¹¹⁵ SOU 1956:25, s. 70.

¹¹⁶ SOU 1956:25, s. 64.

¹¹⁷ Nordell, Per Jonas, Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande särskilt med hänsyn till skapande av datorteknik (cit, 1914 års betänkande), s. 370.

¹¹⁸ SOU 1956:25, s. 69.

¹¹⁹ SOU 1956:25 s. 67.

egentligen kunna mäta om det ligger skapande verksamhet bakom ett alster? Händelseförloppen inuti en upphovsmans hjärna som resulterar i litterärt eller konstnärligt skapande tenderar att misslyckas, eftersom dessa händelser är väsentligen oåtkomliga.¹²⁰

För att något skall kunna skyddas som verk har det ställts upp ett antal kriterier som måste vara uppfyllda. Grundförutsättningarna för skyddet är att verket är självständigt och originellt. Ursprunget till verket skall vara upphovsmannen själv, som endast kan vara en bestämd fysisk person¹²¹, och det skall vara ett resultat av hans personliga och skapande insats. Detta innebär att det föreligger ett visst mått av särprägel som är ett krav på s.k. verkshöjd.¹²² En rent mekanisk produktion skulle inte kunna skyddas av upphovsrätten.¹²³ Gränsen är enligt kommittén svår att dra och det skulle vara önskvärt att i lagtexten markera detta tydligare än bara med termen verk. Tyvärr så finns det inte något adekvat ord i det svenska språket som skulle kunna ersätta denna term.

De ovan beskrivna kriterierna kan tolkas antingen på ett subjektivt eller objektivet sätt. Den subjektiva uppfattningen tar sikte på relationen mellan upphovsman och skyddsobjekt. Den objektiva uppfattningen behandlar relationen mellan objekt och tredje man. I bevishänseende är det prioritet som skall bevisas vid objektiv nyhet. Vid subjektiv nyhet skall det avgöras om alstret är skapat självständigt. Att välja mellan dessa tolkningar är ett val mellan att utgå från upphovsmannen eller från intrångsgöraren. Den subjektiva nyheten utgår ifrån vad som är nytt för upphovsmannen. Hans kunskaper om vad som har skapats tidigare och hans uppfattning om vad som i framtiden kommer att skapas skall beaktas. Synsättet gör upphovsrätten till ett efterbildningsskydd.

Utifrån den objektiva nyheten, skall verket vara nytt i förhållande till allt som tidigare har skapats, oberoende av upphovsmannens kunskaper om vad som tidigare producerats, vilket betyder att den senare prestationen antas vara gjord med vetskap om den förra. I detta fall talas det om ett prioritetsskydd. Vilket synsätt som skall tillämpas finns det inget givet svar på. Enligt Nordell har det subjektiva nyhetskravet utkristaliserats i nordisk rätt.¹²⁴

Den Allmänna internationella upphovsrättsliga doktrinen slår fast att när ett verk skall erhålla skydd beaktas inte subjektiva kvalitativa synpunkter, d.v.s. att bara för att ett konstverk är fult eller dåligt vägrar man det inte skydd.¹²⁵ Att ett dåligt verk dessutom är utan ekonomiskt värde och av praktisk betydelse bidrar inte till att verket inte skulle omfattas av upphovsrätten.

¹²⁰ Nordell, Per Jonas, *Dubbelskapande i teori och praktik*, NIR 1995 s. 631.

¹²¹ Karnov kommentar till 1 § URL.

¹²² A.a.

¹²³ SOU 1956:25, s. 66.

¹²⁴ Nordell, Per Jonas, *Dubbelskapande i teori och praktik*, NIR 1995 s. 632.

¹²⁵ Christiansson, Johan, *Upphovsrätt och närliggande aspekter musiksampling*, s. 77.

Vidare är det likgiltigt i vilket syfte verket har uppkommit och vilket yttre omfång verket har.¹²⁶

5.1.2 Verkshöjdsbegreppet

Det är den individuella kvaliteten som i upphovsrättsliga termer brukar kallas för verkshöjd.¹²⁷ Terminologin verkshöjd har lanserats av Seve Ljungman som blev inspirerad från tyskans Werkshöhe. En av anledningarna till införandet av denna term är att det uppnås en bättre överensstämmelse med patenträttens uppfinningshöjd. En annan är att man uppmuntrar tillkomsten av nya individuella drag i kulturproduktionen. Syftet med verkshöjden var ett uttryck för att det inte längre handlade om ett vanligt smakbestämt kvalitetsprov, utan om ett särskilt krav på ett verks beskaffenhet. Ljungman tog i en artikel upp problemet med att definiera begreppet ”verk” i första paragrafen URL.¹²⁸ Motiven säger att det skall vara fråga om en prestation med en viss självständighet och originalitet, vilket man anser framgå av ordet ”skapa”.¹²⁹ Vad detta innebär i praktiken är att verket skall uppnå en sådan originalitet att det skall vara omöjligt för två människor oberoende av varandra att komma fram till samma resultat.¹³⁰ Den viktiga frågan är hur man skiljer det som är upphovsrättsskyddat från det som fritt kan utnyttjas av alla.¹³¹

Genom att lansera termen verkshöjd klargjorde Ljungman problematiken kring området. Verkshöjdsbegreppet var ägnat att dölja den konkurrenspräglade kvalitetsvärdering som påtvingar sig när det blir fråga om upphovsrätt till annat och mer än den rena konsten. Särprägel ger en bra beskrivning av vad det rör sig om i det här fallet.

Verkshöjds läran strider idag mot vissa EG direktiv¹³², vilka istället bygger på ett originalitetskrav som säger att det inte får ställas andra krav än ”originellt i den meningen att det är upphovsmannens egen intellektuella skapelse. Inga andra bedömningsgrunder får tillämpas.” Enligt dessa direktiv blir verkshöjds läran förbjuden. EU-kommissionen har dock uttalat att det inte är aktuellt att harmonisera originalitetskravet på andra områden än de harmoniserade, vilket betyder att verkshöjdskravet fortfarande tillämpas vid bl.a. musikverk.¹³³

Karnell anser att originalitetsharmoniseringen inom EU endast kommer att göra domstolspråket mindre ”blomsterfyllt”, att man endast använder orden

¹²⁶ Christiansson, Johan , Upphovsrätt och närliggande aspekter musiksampling, s. 69.

¹²⁷ Man kan även definiera verkshöjd som en frånvaro av risk för dubbelskapande.

¹²⁸ Ljungman Seve, Strövtåg inom Upphovsrätten, Att tolka upphovsrättslagen, s. 47.

¹²⁹ A.a, s. 47.

¹³⁰ Schierbeck, Peter, Verkshöjd inom musiken, s. 7.

¹³¹ A.a, s. 7.

¹³² 91/250/EEG om datorprogram, 93/98/EEG om skyddstiden och 96/9/EEG om databaser.

¹³³ KoktvedgaardMogens, m.fl. Lärobok i immaterialrätt, s. 79-80.

originell och originalitet istället för ”fula ord” som till exempel verkshöjd.¹³⁴

De allmänna kraven på verkshöjd lägger inte några större band på skyddsmöjligheterna för musikaliska verk, eftersom variationsmöjligheterna är väldigt vidsträckta när det gäller musikaliskt skapande.

Verkshöjdsbegreppet bör inte ses som någon effektiv måttstock i varje enskilt fall, eftersom dess gräns varierar från kategori till kategori och från fall till fall. Begreppet skall tolkas som en generell norm som används uteslutande för att sätta den teoretiska gränsen för vad som skall krävas i form av originalitet i det fallet något skall skyddas.¹³⁵ Vid populärmusik är dock variationsmöjligheterna begränsade. Viss likhet i tonföljd kan ibland vara oundviklig, men det skall beaktas att rytm, tempo och harmoni kan ändras nästintill oändligt. I fråga om populärmusik är det inte kombinationsmöjligheterna som är den viktigaste begränsningen, utan de potentiella lyssnarnas preferenser.

Ljungman betonar att när det gäller skyddet för musikaliska verk är kravet på verkshöjd påfallande lågt, d.v.s. verkshöjden utesluter inte en dubbelprestation.¹³⁶ Påståendet styrks genom att det inte avgjorts av någon inom- eller utomnordisk domstol att skydd har fränkänts ett verk p.g.a. otillräcklig individuell särprägel utan att det samtidigt har påståtts alltför stor närhängenhet till ett redan befintligt verk.¹³⁷

Enligt Rosenmeiers uppfattning uppnås inte verkshöjd genom att ändra ett musikaliskt verks tonhöjd s.k. transponering, ej heller när man skapar ett verk i G-dur istället för C-dur av hänsyn till sångaren, men med dagens teknik kan tonhöjden bli så pass hög eller låg att det kan bli svårt eller helt omöjligt att känna igen det ursprungliga verket och då kan man tala om ett verk i fri anslutning till det ursprungliga. Han menar att verkshöjd kan tänkas uppnås i särskilda fall vid ändring av tonhöjd eller om ett verk spelas i dur istället för moll. Att ändra endast enkla toners tonhöjd når inte upp till kravet på verkshöjd, med undantag om man skulle ändra varannan ton.^{138 139}

När man ser till verkshöjdsbegreppet i praxis är det enligt Kerstin Calissendorff fast rotat. I samtliga domar som Calissendorff har gått igenom har det förts ett resonemang i domskälen om huruvida verkshöjd har förelegat. I ett fall som avgjordes av HD var fråga om nio teckningar av

¹³⁴ Karnell, Gunnar, europeisk originalitet – en upphovsrättslig schimär, s. 166.

¹³⁵ Nordell, Per Jonas, Musikens skyddsförutsättningar, Ton och rätt, STIM 75 år, s. 77.

¹³⁶ Ljungman, Seve, Strövtåg inom Upphovsrätten, Något om verkshöjd, s. 42.

¹³⁷ A.a., s. 42.

¹³⁸ Rosenmeier, Morten, Ophavsretlig beskyttelse af musikvaerker, s. 69. Rosenmeier använder termen originalitetskrav, vilket jag uppfattar som den svenska motsvarigheten till verkshöjd om det gäller inom musiken då ett strängt originalitetskrav skall tillämpas som motsvarar termen verkshöjd. Därför har jag bytt ut termen så att man i sitt läsande lättare skall förstå sambandet.

turistattraktioner på en plastpåse (ICA-kasse) med en Gotlandskarta som motiv kunde erhålla upphovsrättsligt skydd. HD beaktade det sammanhang i vilket teckningarna förekom och fann att de hade tillräcklig individualitet för att få skydd.¹⁴⁰

Calissendorff påpekar även att det nya originalitetsbegreppet som infördes, se ovan, inte har tillämpats i domstolarna, trots att de är fullt medvetna om det.¹⁴¹ Per Jonas Nordell styrker påståendet att verkshöjdsbegreppet fortfarande tillämpas för bl.a. musikaliska verk genom att i en kommentar till NJA 1998 s. 563¹⁴² konstatera att ”HD uttalade nu med all önskvärd tydlighet att just verkshöjd är måttet. Några ändrade skyddsbedömningskrav skall enligt domstolen således inte gälla i vart fall inom – såsom i detta fall – icke harmoniserade områden.”¹⁴³

5.1.3 Dubbelskapandekriteriet

Det har över tid funnits många och ofta motstridiga teorier om hur upphovsrättslagstiftningen skall tillämpas. Det har visat sig svårt att dra en gräns mellan skyddade och oskyddade skaparinsatser och mellan bearbetning och fri inspiration. I doktrinen har man angivit förklaringsmodeller i syfte att precisera, objektivera och förenkla gränsdragningen mellan det skyddade och det oskyddade. En av dessa modeller är det s.k. dubbelskapandekriteriet. Ett dubbelskapande innebär att det skall vara otänkbart, att två upphovsmän oberoende av varandra skall kunna skapa två identiska verk d.v.s. att något skall kunna skyddas om det är osannolikt att någon oberoende kunde åstadkomma något nära överensstämmande. Trots att kravet på objektivt nyhetskrav inte är nödvändigt för att få ett upphovsrättsligt skydd, borde ändå resultatet bli att bara alster som är nya i en objektiv mening är skyddsbara, eftersom skaparprestationen skall vara så pass individuellt präglad att dubbelskapande framstår som osannolikt i jämförelse med det som redan har skapats och framtida skapande.¹⁴⁴

Dubbelskapandekriteriet är ett slags nyhetskrav som verkar både framåt och bakåt i tiden. Om kriteriet skall bli aktuellt, måste man beakta tre krav: självständighet, originalitet och individualitet. Ett verk som uppfyller nyhetskravet anses föreligga om verket har en sådan särprägel att risken för att samma eller ett liknande innehåll skall skapas av någon annan är mycket liten.¹⁴⁵ Kriteriet skall anses som en hjälpnorm vid verkshöjdsbedömningen.

¹⁴⁰ NJA 1990 s. 499

¹⁴¹ Calissendorff, Kerstin, Verkshöjdsbegreppets tillämpning under senare tid i Sverige och från Gustaf Frödings brev till ”man känner sig som en odla”, s. 538.

¹⁴² Se nedan under 5.1.3.

¹⁴³ A.a., s. 539.

¹⁴⁴ Nordell, Per Jonas, Dubbelskapade i teori och praktik, NIR 1995 s. 633.

¹⁴⁵ Nordell, Per Jonas, Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande av datorteknik, s. 375.

Övriga krav i lagen måste vara uppfyllda för att ett verk skall anses vara nytt och självständigt.

Nordell har i sin artikel, *Dubbelskapande i teori och praktik*, kritiserat dubbelskapandekriteriet. Han anser att kriteriet inte torde ha någon praktisk funktion, eftersom en stor del av dagens skapelser har tillkommit genom bearbetningar av annat redan skapat och majoriteten av intrångssituationer, där just verkshöjdsbedömningen ställs på sin spets, utgörs av olika sorters bearbetningar. Kriteriet tar sin utgångspunkt i originaliteten hos något som förmodas vara nytt och är därför inte ett effektivt instrument vid bearbetningssituationer.¹⁴⁶

I praktiken är det två faktorer som gör det svårt för kriteriet att tillämpas. Genom ordet *något*, som används av Nordell i hans tolkning av Bergströms och Ljungmans definitioner, saknas något slags individualitets- eller originalitetsfaktor i själva kriteriet. För det första innehåller kriteriet en dold originalitetsfaktor och för det andra kan absolut identitet inte krävas hos båda alstren, vilket följer av 4 § URL. Om så vore fallet skulle man endast kunna konstatera dubbelskapande vid ren kopiering och regeln skulle få karaktären av en prioritetsregel. Utanför den rena kopieringen uppstår frågan om var gränsen skall dras (skillnadsfaktor) gällandes likheten och bedömningen, vilket inte anges i kriteriet. Ytterligare en komplikation är verkshöjdsgränsen som varierar beroendes på vilken verkstyp det rör sig om. Skapelser med mycket låg originalitet kan erhålla skydd, men får ett mycket litet skyddsomfång. I en dubbelskapandesituation vore det praktiskt omöjligt att applicera skyddsomfånget på denna skillnadsfaktor.¹⁴⁷

Domstolarna, speciellt HD, har använt dubbelskapandekriteriet väldigt sparsamt. En av orsakerna till detta är att kriteriet inte är någon lagfäst regel, utan endast en hjälpnorm och det är endast i förarbetena till lagstiftning om skydd av brukskonst och om datorprogram som kriteriet har förordats.¹⁴⁸

I ett av fallen, NJA 2004 s. 149, har HD uttalat sig negativt om dubbelskapandekriteriet. I andra prejudicerande-fall har det fått betydelse, men endast som hjälpnorm för bevisbedömningen.¹⁴⁹ I ett annat fall var fråga om en ritning som innehöll två bilder av en golvskena åtnjöt upphovsrättsligt skydd enligt 1 § URL. Företaget, Välinge Aluminium AB, som ville erhålla det upphovsrättsliga skyddet, hänförde sig i sin processföring bl.a. till dubbelskapandekriteriet. Genom att företaget åberopade den mängd av variationsmöjligheter som fanns för att illustrera den idé som patentansökan ansåg¹⁵⁰ ville det visa att dubbelskapande var uteslutet och att ritningen skulle åtnjuta skydd. HD sade att ett dubbelskapandekriterium i sig självt inte kunde ge svar på frågan om kravet på verkshöjd var uppfyllt. Med den argumentation som Välinge hade

¹⁴⁶ Nordell, Per Jonas, *Dubbelskapande i teori och praktik*, NIR 1995 s. 634.

¹⁴⁷ A.a., s. 635.

¹⁴⁸ A.a., s. 636.

¹⁴⁹ NJA 1995 s. 256, NJA 1998 s. 563.

¹⁵⁰ I denna ansökan ingick ritningen som de ville få skyddad.

framfört innebar det att kravet på verkshöjd skulle i det närmaste försvinna. Enligt HD får det anses uppenbart att svensk rätt inte innebär att verkshöjd skall bestämmas med tillämpning av ett dubbelskapandekriterium på det sätt som Välinge hävdar.¹⁵¹

Nordell anser att dubbelskapandekriteriet kan ha kommit att missförstås. Kriteriet har tolkats som en bedömningsnorm, samtidigt som man har hållit fast vid subjektiva krav och dessutom ställt för låga krav på originalet. I 1989 års ändringar i URL behöll departementschefen ett subjektivt synsätt genom hela dubbelskapandekriteriet. Denna tillämpning stämmer inte överens med den doktrin som ursprungligen förespråkade kriteriet. Där skulle kriteriet ses i ljuset av en strävan att objektivera upphovsrättens skyddsförutsättningar. Tanken var att verkshöjdsbedömningen genom kriteriet skulle få en möjlighet att objektiveras utan att behöva utmönstra kraven på andligt skapande, individualitet och originalitet. I det enskilda fallet tenderar dubbelskapandekriteriet att bli ineffektivt, eftersom intrångsbedömningen alltid baseras på subjektiva uppfattningar.

Genom att lägga normen så att uppkomsten av dubbelskapelser utesluts, säkras man skyddet inom upphovsrätten. Det är domstolen som bedömer i det enskilda fallet, vilket innebär att den därför måste vara subjektiv i den meningen att det är människor som avgör skyddsfrågan. Om det inte står någonting i lagen, har domstolen fria händer att välja verktyg till bedömning av om den skapande insatsen är tillräcklig. Resultatet kan endast bli att bara det kan skyddas som är originellt på så sätt att det är en upphovsmans egna intellektuella skapelse. För att nå dit behöver man inte hjälp av dubbelskapandekriteriet.¹⁵²

5.2 Bearbetning och fri anslutning

I 4 § URL förklaras skyddet för bearbetning av ett upphovsrätligt verk: ”Den som översatt eller bearbetat ett verk eller överfört det till en annan litteratur- eller konstform har upphovsrätt till verket i denna gestalt, men han äger icke förfoga däröver i strid mot upphovsrätten till originalverket.

Har någon i fri anslutning till ett verk åstadkommit ett nytt och självständigt verk, är hans upphovsrätt ej beroende av rätten till originalverket.”

Av första stycket kan utläsas att den som har bearbetat ett verk endast har upphovsrätt till själva bearbetningen. Det ställs här samma krav på den andliga verksamhetens art som i verk beskrivna under den första paragrafen, med undantaget att det inte krävs att verksamheten är av ett nyskapande slag. Om bearbetaren inte uppfyller kravet på individuell andlig verksamhet, har upphovsmannen rätt till verket även i dess ändrade gestaltning.

¹⁵¹ NJA 2004 s. 149.

¹⁵² Nordell, Per Jonas, Dubbelskapande i teori och praktik, NIR 1995 s. 639.

För att en bearbetning skall vara skyddad, krävs att den har ett verk till sitt föremål.¹⁵³ Den skall vara så kvalificerad att den kan grunda upphovsrätt, d.v.s. att den kan nå verkshöjd.¹⁵⁴ Det krävs dock inte att det verk som är föremål för omarbetning eller översättning självt är skyddat. Omarbetningens skydd är inte heller beroende av originalupphovsmannens tillstånd till att utföra bearbetningen, men förfoganderätt utöver själva bearbetningen är beroende av upphovsrätten till originalverket. Om däremot bearbetningen skall utnyttjas så krävs det tillstånd av bearbetaren men även av upphovsmannen till originalverket.¹⁵⁵ Endast mekaniskt eller rutinmässigt arbete, t.ex. rättelser av skriv- eller språkfel eller transponering av en musikalisk komposition, anses inte utgöra en bearbetning.¹⁵⁶

Det karakteristiska för en bearbetning är att den lämnar originalverkets individualitet – dess ”inre form” oförändrad och endast låter denna framstå i en ny gestalt. Ett verks ”inre form” är det sätt på vilket upphovsmannen valt att gestalta sitt verk. Den ”inre formen” ligger mellan verkets yttre form, d.v.s. verket sådant det är materialiserat i en bok, tavla, fonograminspelning etc. och verkets abstrakta idé. Vid en bearbetning eller omarbetning måste t.ex. en omvandling från roman till film ha samma ”inre form” för att det skall anses vara samma verk.¹⁵⁷ De väsentliga dragen i originalverket behålls i den senare skapelsen.

Exempel på en jämförelse mellan två verks ”inre form” kan illustreras av ett tingsrättsavgörande¹⁵⁸ tyvärr inte mellan två musikverk, utan mellan två tecknade figurer, där ett verks inre form avgjorde om en bearbetning framstod som ett nytt och självständigt verk i förhållande till redan skapade verk.¹⁵⁹

Möjligheterna till ett ekonomiskt utnyttjande vid en bearbetning är helt beroende av den ursprunglige upphovsmannens rätt till verket, medan vid en fri anslutning till verket är upphovsmannen oberoende av den ursprunglige upphovsmannen. En bearbetning kan utgöra ett fullbordande av en melodi, som innan dess endast befunnit sig i ett utkast, eller en melodi som harmoniseras, så att insatsen blir mer kvalificerad än om endast melodin hade lyfts i dagen.¹⁶⁰

Ett verk som görs i fri anslutning till originalverket utgör den övre gränsen av bearbetning och behandlas i 4 § 2 st. URL. Den som i anslutning till ett preexisterande verk åstadkommit ett ”nytt och självständigt verk” får en

¹⁵³ Karnov, kommentar till 4 § 1 st. URL.

¹⁵⁴ Nordell, Per Jonas, Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande av datorteknik, s. 371.

¹⁵⁵ A.a., s. 371.

¹⁵⁶ Prop. 1960:17 s. 73.

¹⁵⁷ Nordell, Per Jonas, Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande av datorteknik, s. 374.

¹⁵⁸ Stockholms TR mellandom den 6 mars 1990 (DT 35).

¹⁵⁹ Nordell, Per Jonas, Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande av datorteknik, s. 375.

¹⁶⁰ Karnell, Gunnar, Om rättsligt skydd för melodier, 168.

oberoende rätt till sin skapelse, d.v.s. att man inte är beroende av något tillstånd av upphovsmannen. Vid utnyttjande krävs inte heller tillstånd av den ”ursprunglige upphovsmannen”. Konsten är att försöka dra en gräns mellan bearbetningar m.m. som omfattas av ensamrätten och vad som är möjligt att utnyttja fritt.¹⁶¹ Den legala gränsen mot fritt utnyttjande i näringsverksamhet går enligt Nordell mellan första och andra styckena i 4 § URL.¹⁶² Enligt Auktoritetskommittén får det förra verket inte ha en alltför central och framskjutande ”aktiv” del i det senare verket. Det tidigare verket får dock fungera som inspirationskälla. Skiljelinjen går där det gamla verket helt träder i bakgrunden.¹⁶³

Nyhetskravet vid fri anslutning är att verket är av nyskapande slag jämfört med en bearbetning när det bara krävs nyhet. Självständighetskravet måste enligt Nordell innebära att verket inte skall ha påverkats allt för mycket av andra verk vid dess skapande. Kravet är dock enligt ordalydelsen i andra stycket inte helt absolut, vilket innebär att man kan söka inspiration från tidigare skapade verk. I dagens enorma utbud av konstnärliga och litterära alster kan man utgå ifrån att alla alster har på ett eller annat sätt fått någon form av inspiration från redan existerande verk.

Enligt förarbetena till 4 § 2 st. URL skall bestämmelsen om fri anslutning till ett verk tolkas restriktivt. STIM m.fl. uttryckte att den som vill komponera ett nytt verk med utnyttjande av värdefulla uppslag ur redan existerande verk bör begära originalupphovsmannens tillstånd.¹⁶⁴

Varför gränsdragningen mellan principen om en fri anslutning av ett verk och en bearbetning är så problematiskt är att här, till skillnad från det litterära området, är form och tanke ett och eftersom det vid ”lån” av melodi rör sig om ett fritt tankeinnehåll, kan det inte röra sig om ett lån, utan däremot om ett ingrepp i dettas utformade skepnad.¹⁶⁵

Hur mycket får man låna av någon annans verk och använda i sitt eget arbete utan att komma i konflikt med den ursprunglige upphovsmannen? Som sagt så finns det ingen möjlighet att söka begränsa ett lån genom ett antal takter. Karnell menar att tankesättet att begränsa ett lån är helt vilseledande, eftersom man i lagtexten till ”fri anslutning” lagt all vikt vid det levande förhållandet, det rörliga momentet mellan de bägge

¹⁶¹ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 160.

¹⁶² Nordell, Per Jonas, Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande av datorteknik, 371.

¹⁶³ Koktvedgaard Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 42.

¹⁶⁴ Prop. 1960:17 s. 76.

¹⁶⁵ Motiven till 1919 års lag uttrycker problemet så här: ”Då auktor, under inflytande av ett för handen varande verk, framställer ett nytt blir det sistnämnda att anse som nyskapelse eller som bearbetning, allteftersom det äldre verkets identitet upphäves eller blir bestående i det nya verket.” Motiven fortsätter sedan med att ge ett exempel på nyskapelse. Det är så kallade fria variationer som med en utgångspunkt i ett musikaliskt tema kan ombilda det i ett melodiskt, rytmiskt eller harmoniskt hänseende. Enligt Karnell kan det musikaliska temat i motiven mycket väl vara en melodi.

företeelserna och inte en jämförelse mellan de båda verken där man endast beaktar originalverkets innehåll.¹⁶⁶

Inom upphovsrätten uppstår problem när man skall avgränsa ett verk som existerar genom en digital bearbetning om det är ett exemplar av ett redan tidigare existerande verk, en bearbetning av ett verk eller ett helt nytt och självständigt verk. Även vid gränsdragning mot fritt utnyttjande samt vid avtal om rättighetsöverlåtelse (i vilken utsträckning en utnyttjare skall ha rätt att framställa exemplar eller i övrigt utnyttja verk som framställts av annan) uppstår problem.¹⁶⁷

Det har blivit för enkelt att i dagens samhälle med den teknik som är tillgänglig ”utnyttja” redan existerande verk i skapande verksamhet och därför blir det högst aktuellt att utreda upphovsmannens uteslutanderätt att förfoga över verket. Nordell föreslår att man skall införa en lagstadgad skyldighet för den som i sin näringsverksamhet vill utnyttja ett skyddat verk, att närmare avtala med upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare om arten och omfattningen av utnyttjandet. Verksavgränsningen skulle genom detta lagstadgande elimineras i stort.¹⁶⁸

En plagiatsituation föreligger om man företar ett övertagande av kortare avsnitt eller ett medelbart tillägnande av material i form av arrangemang, potpourri o dyl. Skillnaden mot plagiatsituationen jämfört med bearbetningen eller ett verk skapat i fri anslutning är att man inte försöker dölja de olika verkdelarnas ursprung.¹⁶⁹ Att bevisa att ett sådant tillägnande eller övertagande har skett kan i många fall vara svårt eller omöjligt.¹⁷⁰

Plagiat hör inte till ovanligheterna och speciellt inom populärmusiken pågår det en del ouppmärksammade fall som säkerligen går under plagiat eller intrång, men som oftast endast är banala fraser och uttryck.¹⁷¹

Den s.k. Upphovsrättsutredningen övervägde ett uttryckligt skydd mot sound alike för utövande konstnärer men man konstaterade att detta skydd skulle strida mot den allmänna principen, inom immaterialrätten, som säger att teknik och stil inte är skyddsbara.¹⁷² Under vissa förutsättningar kunde det vara möjligt att ingripa med stöd av MFL,¹⁷³ vilket är beskrivet ovan.

Syftet med sound alike kan vara att kringgå det tillstånd som behövs av den ursprunglige upphovsmannen för att få ”låna” dennes musikaliska verk och i

¹⁶⁶ Karnell, Gunnar, Om rättsligt skydd för melodier, s. 171. Att bestämma en klar gräns mellan den fria anslutningen och originalverket torde i praktiken vara omöjligt enligt Karnell.

¹⁶⁷ Nordell, Per-Jonas, Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande av datorteknik, s. 370.

¹⁶⁸ A.a., s. 370.

¹⁶⁹ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s. 56.

¹⁷⁰ Christiansson, Johan, Upphovsrätt och närliggande aspekter musiksampling, s. 28.

¹⁷¹ Weincke, Willy, Bemaerkninger om ophavsretten til musikvaerker, s. 12.

¹⁷² SOU 1983:65 s. 32ff.

¹⁷³ Christiansson, Johan, Upphovsrätt och närliggande aspekter musiksampling, s. 37.

de flesta fall att betala royalty och istället själv producera ett verk som mer eller mindre liknar originalverket till den grad att en normaltlyssnare känner igen originalverket i sound aliken. I en del fall är produktionen endast en inspiration av den melodi som den liknar och därför borde uppfylla de krav som ställs på en fri anslutning av verket. Ett exempel är BOB:s reklam för sin saft, där man tillsätter mjölk. I reklamen användes musik som i hög grad har inspirerats av en grupp vars namn är Outkast. P.g.a. gruppens originalitet i sin produktion av verket ”Hey ya” kan en normaltlyssnare urskilja vissa likheter mellan sound aliken som används i reklamen och själva originalverket. Likheterna är dock inte så distinkta att det går att påstå att de båda verken har samma ”inre kärna” och därför har i detta fall endast betydande inspiration hämtats för reklamproduktionen. Detta verk kan utan tvekan gå under principen om fri anslutning till ett verk i 4 § 2 st. URL. Ytterligare ett fall som går in under principen om fri anslutning av ett verk är Procter & Gambles produkt Vicks Red energy halstabletter, vilken i sin reklamfilm har tagit sin inspiration från N.E.R.D:s ”Lapdance”. I båda fall rör det sig om populärmusik.

5.3 I praktiken

I praktiken beror ett upphovsrättsligt intrångsavgörande på en konkret och sakkunnig bedömning i det enskilda fallet. Hur likartat man uppfattar det ursprungliga verket med bearbetningen eller efterbildningen. Om de kan anses ge samma estetiska upplevelse, är det antagligen frågan om samma verk oavsett eventuella skillnader. Bedömningen måste vara en blandning av juridisk och estetisk analys. Från en juridisk synvinkel måste verket ha ett sådant skyddsomfång att upphovsrätten är effektiv och ur den estetiska handlar det om att klarlägga de verksstrukturer som är ägnade till igenkännande och erkännande.¹⁷⁴

Ett exempel som till största del behandlar intrång är NJA 2002 s. 178 (Drängarna) där frågan var om en melodi, som hade utgjort ett upprepat och avgränsat inslag i en komposition på populärmusikens område, varit skyddad enligt upphovsrättslagen samt om intrång skett genom en senare tillkommen melodi på samma område.¹⁷⁵ HD ansåg att både skydd och intrång förelåg. När det gällde skyddet menade HD att man inom musikområdet gav skydd även för ett fåtal toner, vilkas sammanförande givit ett tillräckligt originellt resultat. Trots att verket var okomplicerat, spelade det ingen roll för skyddet så länge det var tillräckligt originellt. I det här fallet ville man göra en helhetsbedömning, d.v.s. en bedömning av melodin i den form som den kan uppfattas av lyssnaren. Det är det intryck som lyssnaren ges när han hör ett musikstycke som skall vara avgörande för

¹⁷⁴ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 160.

¹⁷⁵ NJA 2002 s. 178.

den upphovsrättsliga bedömningen och inte en detaljanalys av musikstycket uppdelat i olika delar, såsom harmonier, tonarter, instrumentering etc.¹⁷⁶

Melodi 1 ansågs vara tillräckligt egenartad och väl avgränsad när det gällde den melodiska och instrumentala delen från andra delar av kompositionen för att anses som ett självständigt verk. Den åtnjöt därför skydd. När det gällde intrång i melodi 1 var frågan om melodi 2 uppnådde verkshöjd. Skillnaden mellan de båda melodierna var tempot, något skild harmonik och avslutningarna på fraserna, men likheterna var så påfallande att det vid helhetsbedömningen rörde sig om samma verk. Det ansågs därför utgöra intrång i verket. Melodi 2 ansågs även utgöra en efterbildning av melodi 1.¹⁷⁷

Genom detta fall har oklarheter gällandes gränsen mellan inspiration och intrång i viss mån skingrats. HD ställde i fallet låga krav för att ett musikaliskt alster skulle anses ha uppnått verkshöjd, vilket får den innebörden att skyddsomfånget för det skapade blir snävare. Följden kan bli att endast i princip identiska stycken anses utgöra intrång. Även avgränsade delar av ett musikstycke, t.ex. dess refräng, kan anses vara ett självständigt verk såvida den aktuella delen uppnår tillräcklig originalitet. HD konstaterade ju att ”Melodi 1 framstår... melodiskt och instrumentellt som väl avgränsad från övriga inslag i kompositionen och tillräckligt egenartad för att den skall framstå som ett självständigt verk”.¹⁷⁸

Av motiveringen till intrånget kan den slutsats dras att förekomsten av skillnader i enskilda detaljer eller element, tagna var för sig, i två musikaliska verks uppbyggnad inte är tillräckligt för att intrång skall vara uteslutet. Om det konstateras att vid en genomlysning av två musikstycken helhetsintrycket är detsamma, kan det vara frågan om samma verk, trots att man kan konstatera skillnader vad gäller t.ex. notbild och ackordsättning.

Jag har vid ett antal tillfällen fått höra att man kan ”låna” upp till fyra eller sex takter ur en annans musikaliska verk, men detta är bara skrönor. Det finns varken reglerat i någon lagregel eller rättspraxis.¹⁷⁹ KODA, den danska motsvarigheten till STIM, har uttryckt sin motvilja att ge några upplysningar gällande den s.k. kvantitetsgränsen (d.v.s. var gränsen går i antal takter för att få upphovsrättsligt skydd) av rädsla att ge näring till ovan nämnda skrönor.¹⁸⁰ Rosenmeier påstår dock att det i nordisk rätt har den synpunkten att man åtminstone kan sätta gränsen vid tre takter. Han hävdar vidare att det är möjligt att detta är gällande rätt.

I NJA 1986 s. 702 (Demonstrationsmusik) kom HD fram till att även väldigt korta utnyttjanden av musikaliska verk (30 sek.) utgjorde intrång i

¹⁷⁶ Lenemark, Richard, Högsta domstolen tar sig ton rörande musikplagiat, NIR 2002 s. 591.

¹⁷⁷ NJA 2002 s. 178.

¹⁷⁸ A.a.

¹⁷⁹ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, 6 uppl., s. 72.

¹⁸⁰ Rosenmeier, Morten, Ophavsretlig beskyttelse af musikvaerker, s. 60.

upphovsrätten till de musikaliska verken, eftersom detta nyttjande innebar ett återgivande av de aktuella verken.¹⁸¹

Mot bakgrund av de genomgångna fallen kan konstateras att det inte kan sättas upp några objektivt mätbara kriterier för när likhet föreligger, t.ex. att ett visst antal takter skall vara identiska vad gäller notbild eller ackordsättning. Om däremot två notbilder och ackordsättningar ”på papperet” ser likadana ut, kan antas att man genom att lyssna igenom verken, kan konstatera att det i upphovsrättslig mening handlar om samma melodi, men det är inte nödvändigt. Om nämnda verk ”på papperet” istället skiljer sig, kan det ändå vara fråga om två verk som vid intrångsbedömningen skall betraktas som lika, nämligen om likhet via genomlyssning kan konstateras vid en helhetsbedömning. Det blir i så fall aktuellt att bedöma var gränsen går i varje enskilt fall, varvid konstaterbara skillnader i verken inte är tillräckliga för att utesluta intrång.

5.4 Ideell rätt

Upphovsmannen har en paternitetsrätt eller namngivelsesrätt d.v.s. att han har en rätt att bli namngiven vid ett eventuellt utnyttjande av verket. Namngivelsesrätten får betydelse när konstnärens renommé skall byggas upp och hållas vid liv. Renommé är i sin tur ofta betydelsefullt för verkets marknadsvärde. Det kan i vissa fall utkrävas ekonomisk ersättning för intrång i den ideella rätten. I praktiken är kravet på namngivelse i 3 § urvattnat. Det kan bara göras gällande enligt vad som följer av god sed.¹⁸²

Paternitetsrättens innehåll görs avhängigt av sedvänja på området, av samtidens värderingar och av rent praktiska omständigheter. I fråga om musik i tv-reklam är det rent praktiska omständigheter som medför att man inte anger upphovsmannen.

3 § 2 st URL säger att verk inte får ändras eller göras tillgängligt för allmänheten i en sådan form eller i ett sådant sammanhang som är kränkande för upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart. Det finns dock svårigheter med att avgränsa den s.k. respektregelns räckvidd. En alltför vid tolkning riskerar att lägga starka band på den konstnärliga friheten och möjligheten att praktiskt utnyttja äldre verk. Om utnyttjandet skulle vara kränkande gentemot upphovsmannen, har han en rätt att förbjuda det tack vare hans ensamrätt.¹⁸³

Måttstocken på vad som är kränkande är objektiv och skall avgöras efter en allmän föreställning och inte efter den utövande konstnärens.¹⁸⁴ Om en upphovsrättsligt skyddad mängd i ett musikverk samplas, kan detta innebära

¹⁸¹ NJA 1986 s. 702.

¹⁸² Koktvedgaard, Mogens, m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 149.

¹⁸³ A.a., s. 151.

¹⁸⁴ Christiansson, Johan, s. Upphovsrätt och närliggande aspekter musiksampling, s. 30.

ett intrång i upphovsmannens ideella rätt om förfarandet skulle medföra att verket ändras på ett sådant sätt att det innebär att upphovsmannens anseende eller egenart kränks. Detta borde även gälla sound alikes om produktionen anses vara kränkande för upphovsmannen, förutsatt att det inte tolkas som ett nytt och självständigt verk.

I förarbetena till 3 § 2 st. URL står det att bedömningen skall företas med utgångspunkt från förhållandena inom den konstart det är fråga om och med beaktande av omständigheterna i det särskilda fallet. Största hänsyn bör tas till verkets art och dess betydelse i litterärt eller konstnärligt avseende.¹⁸⁵ Vidare bör beaktas om återgivningen gör anspråk på att presentera verket i ursprunglig form eller om det klart framgår, att fråga är om en bearbetning eller att verket eljest inte återges i ursprungligt skick. Aktuellt för andra stycket är om verket, även om det inte ändras, återges för allmänheten i sådant sammanhang att det är kränkande för upphovsmannen.

5.5 Stims bedömningskommitté och dess avgöranden på området

En bearbetning avgränsas nedåt genom mekaniska förändringar i melodin. Hit hör även en ändring av melodin från dur till moll samt en tonartsändring. För avgränsningen uppåt gäller gränsen mot den fria anslutningen av melodin. Till skillnad från en bearbetning där den ”inre formen” skall förbli densamma som till det ursprungliga verket, måste man frångå detta om det skall röra sig om en fri anslutning. För en musikaliskt sakkunnig vållar inte dessa ändringar några problem och i Sverige finns STIM:s bedömningskommitté, vars praxis är värdefull och användbar i dessa fall.

Det finns i de flesta länder s.k. collecting societies som tillvaratar den praktiska administrationen, d.v.s. framförallt förvaltar de anslutna upphovsmännens organisationer.¹⁸⁶ Organisationerna är oftast sammanbundna internationellt genom ömsesidiga avtal.¹⁸⁷ Äldst och viktigast är de organisationer som tillvaratar kompositörernas rätt såsom STIM (Föreningen svenska tonsättares internationella musikbyrå u.p.a.) som bildades 1923 i Sverige.¹⁸⁸

STIM:s huvudsakliga uppgift är att på medlemmarnas vägnar sluta avtal om offentliga framföranden av deras verk och om s.k. mekaniskt mångfaldigande av verken på fonogram, band och film.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Prop. Nr 17 år 1960 s 65

¹⁸⁶ Pehrson, Lars, Musiken och konkurrensen, Ton och rätt, STIM 75 år.

¹⁸⁷ Koktvedgaard, Mogens, m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 121.

¹⁸⁸ A.a., s. 121.

¹⁸⁹ Olsson, Henry, Copyright, s. 336.

STIM har även en bedömningskommitté som bedömer musik relaterade tvister t.o.m. oftare än domstolarna, eftersom det är ett mycket billigare förfarande för parterna.¹⁹⁰ Kommittén tar inte upp fall ex-officio, utan endast på begäran från berörda rättighetsinnehavare och då endast om det redan föreligger en tvist mellan parterna. Uttalanden från kommittén är inte bindande för parterna, utan dessa kan gå vidare till domstol¹⁹¹, men detta är ytterst ovanligt. Nackdelen med avgörandena är att de är konfidentiella. Kommittén har haft några fall som är högst relevanta i detta arbete. Motiveringarna är inte i alla fall så utförliga som man önskar att de kunde vara, eftersom det inte finns någon skyldighet för kommittén att ge en sådan.

Jag har gått igenom samtliga sound alike-fall på STIM:s huvudkontor i Stockholm, och har här tagit fram de mest intressanta, sammanlagt 16 stycken.

Fall 1, 1993, reklambyrå som trots förfrågningar till upphovsman om lov att använda dennes musikaliska verk i sin reklamfilm ändå, trots hans nekande, producerade en sound alike. Reklambyrån fälldes med motiveringen att det mellan verken förekom väldigt små avvikelser. De tillade att det var versioner av samma skyddade verk. Fällande.

Fall 2, 1993, tillstånd efterfrågades inte hos upphovsman. Fällande.

Fall 3, 1993, tvist mellan ett musikaliskt verk i en reklam och ett musikaliskt verk i en film. Fällande.

Fall 4, 1995, musikaliskt verk som användes i reklam som var en sound alike av en visa. Fälldes med motiveringen att centrala karakteristiska och upphovsrättsligt skyddsvärda element i originalet, enkla men särpräglade arrangemang av melodin, var direkt övertagna i bearbetningen.

Fall 5, 1995, fras var likartad. Mycket karakteristisk och utgör utan tvekan en skyddad del av verket. Musiken utgör inga likheter. Fällande.

Fall 6, 1995, vinjett i en reklam som liknar ett musikaliskt verk. Vinjetten börjar med samma trumpetfras varefter den rytmiska tämligen all dagliga kompfiguren från originalmelodin upprepas ett stort antal gånger som bakgrund till tv-programmets påannonsering. Till detta upprepas avsnitt ur trumpetsolot. Vinjetten består så gott som enbart av den nämnda frasen ur trumpetsolot. Fällande.

Fall 7, 1996, ej originella fraser i något av de två musikaliska verken. Skiljaktigheter i rytmisering. Ej fällande.

¹⁹⁰ Koktvedgaard, Mogens, m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 81.

¹⁹¹ Christiansson, Gustav, Omarbetningar och sampling, s. 27.

Fall 8, 1995, tvist mellan tv-reklams verk och ett musikaliskt verk. Producenterna till tv-reklamen hade frågat den ursprunglige upphovsmannen om tillstånd men ej fått detta. Fällande.

Fall 9, 1997, reklamfilm i tvist med originalverk. Likheten förekommer i 24 sek. Harmonimässigt var båda arrangemangen svävande, rytmiskt skiljer de sig genom förslagen.¹⁹² Båda figurerna är tämligen konventionella vad beträffar ton innehåll, rytmik och harmonisk syftning. Upphovsrättsligt relevanta likheter mellan originalen. Producent ber om tillstånd men anser att det rör sig om för mycket pengar. Fällande.

Fall 10, 1997, reklamfilm – musikaliskt verk. Vissa allmänna stilistiska drag. Producenterna bad om tillstånd men blev sedermera inte intresserade och gjorde en egen version av verket. Ej fällande.

Fall 11, 1997, reklamfilm – musikaliskt verk. Identiska vad beträffar melodi, harmoni och ljudbild (sound). Kontaktade skivbolag om tillstånd. Ingicks aldrig avtal. Fällande.

Fall 12, 1997, ljudsignatur på radio – musikaliskt verk. Ej tillräckligt originellt för att nå verkshöjd. (d.v.s. original verket en del av det). Ej fällande.

Fall 13, 1999, reklamfilm – musikaliskt verk, stilistiska likheter, inget intrång. Ackordföljden var identisk men av så allmän natur att den ej kunde betraktas som upphovsrättsligt skyddad. Ej fällande.

Fall 14, 2000, reklamfilm – musikaliskt verk, förhållandevis korta avsnitt (18 sek.) men musiken ansågs tillräckligt särpräglad för att åtnjuta upphovsrättsligt skydd. Kommittén diskuterade termen särprägel. Fällande.

Fall 15, 2003, reklamfilm – musikaliskt verk, det omtvistade avsnittet i verket var på 15 sek. Samma tempo, tonart rytmisering och sound. Verkens melodier har inga konkreta likheter i originalet är det sång och i bearbetningen är det en vissling. Fällande.

Fall 16, 2003, vinjettmusik har speciella förutsättningar som måste tas i beaktande vid en likhetsbedömning. Den har oftast mycket kort speltid och har till funktion att skapa igenkänning. Även ett kort motiv kan i detta sammanhang få stor pregnans, och när två motiv uppvisar så stora likheter som i detta fall anser kommittén att likheterna blir upphovsrättsligt problematiska. Fällande.

¹⁹² Mus. prydnad bestående av en l. flera framför den melodiska huvudtonen uppträdande bitoner; äv. om den not l. de noter som i notskrift beteckna ifrågavarande prydnad. *Dubbelt förslag*, förslag bestående av två l. flera toner (noter).

6 Sound alike i ett varumärkesrättsligt perspektiv

6.1 Lagstiftning

Finns det en möjlighet att sound alike kan omfattas av ett varumärkesrättsligt skydd i den meningen att melodislingan får skydd som ett varumärke?

I Sverige finns det tre lagstiftare på varumärkesområdet; den nationella lagstiftaren, EG-institutionerna och olika överstatliga samarbetsorganisationer. Pariskonventionen (PK) bildades den 20 mars 1883 då 11 representanter från 11 länder i Paris skrev under en internationell konvention om harmonisering av de nationella reglerna rörandes det industriella rättsskyddet. Genom ändringar i PK och antagandet av The Convention Establishing the World Intellectual Property Organisation, WIPO, skapades ramverket för en överstatlig samarbetsorganisation, Parisunionen. Unionen består av tre organ, Församlingen, Verkställande Utskottet samt den överstatliga byrån WIPO. Församlingen fattar alla övergripande beslut, ansvarar för budgeten och lägger upp riktlinjerna för arbetet inom unionen. Det Verkställande Utskottet tar löpande beslut i arbetet med att implementera Församlingens beslut. WIPO fungerar ungefär som en myndighet och tillämpar de materiella reglerna i PK och andra internationella konventioner samt ansvarar för koordineringen av det internationella arbetet på det industriella rättsskyddets område.¹⁹³

Madridarrangemanget bildades 1891 och hade i syfte att underlätta registrering av ett nationellt varumärke utomlands genom ett samordnat registreringssystem. The Protocol Relating to the Madrid Agreement Concerning the International Registration of Marks, Madridprotokollet, skapades 1989, som ett komplement till Madridarrangemanget för att göra systemet intressant för flera av de stora handelsnationerna. Sverige är endast anslutet till det senare. Både arrangemanget och protokollet administreras idag av WIPO. Systemet har fått ett sådant mått av överstatlighet att de anslutna länderna utgör en union, Madridunionen.

WTO, World Trade Organisation den s.k. Världshandelsorganisationen, har i ett avtal med WIPO beslutat om ett samarbete på varumärkesområdet. För WTO:s eget arbete inom det immaterialrättsliga området har ett separat ramverk, TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) bildats. TRIPS har till syfte att harmonisera utvecklingsländernas nationella

¹⁹³ Granmar, Claes, Varumärkesskydd, s. 34.

regler till skydd för immateriella rättigheter med regler till skydd för sådana rättigheter i den industrialiserade världen. Sverige har ratificerat TRIPS.¹⁹⁴

Varumärkesdirektivet, Direktiv 89/104/EEG, infördes 1988. Direktivet genomsyras av PK. Direktivet blev en kompromiss mellan medlemsstaternas nationella varumärkesregler.¹⁹⁵ PK ligger till grund för Sveriges varumärkeslagstiftning. Varumärkeslagen (1960:644) innehåller bestämmelser om skydd för varukännetecken. Lagen trädde ikraft den 1 januari 1961 och har tillkommit och vidareutvecklats i nordiskt samarbete. 1995 antog Sverige Varumärkesdirektivet. Varumärkeslagen (VmL) anses fullt ut implementera PK och Varumärkesdirektivets regler på varumärkesområdet.

I dagens samhälle har varumärken en mycket stor ekonomisk betydelse och varumärken är oftast bärare av betydande kommersiella intressen. De bildar en länk mellan den industriella massproduktionen och konsumenterna.¹⁹⁶ Kännetecken är inte sällan att se som en självständig tillgång. En ökad näthandel kommer att öka den självständiga tillgången, eftersom få konsumenter skulle köpa obesedda varor av ett okänt ursprung eller av en okänd avsändare via Internet.¹⁹⁷

6.1.1 Varumärkesskydd

I 1 § varumärkeslagen ges en definition av varumärke:

Ett varumärke kan bestå av alla tecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, samt figurer, bokstäver, siffror och formen eller utstyrelsen på en vara eller dess förpackning förutsatt att tecknen kan särskilja varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls i en annan.

Man brukar traditionellt dela in varumärkena i tre grupper, nämligen figur-, utstyrelse- och ordvarumärken där det senare utgör det absolut vanligaste.¹⁹⁸ Med det första avses konkreta eller abstrakta figurer som kännetecknar en viss produkt, t.ex. Apples äpple eller Ericssons stiliserade E. Figurvarumärken kallas även för logotyper. Utstyrelsevarumärken utgörs av t.ex. produktens eller förpackningens form eller utstyrelse. Ordvarumärket utgörs av ett namn som kännetecknar en produkt t.ex. Volvo, McDonalds, Absolut Vodka.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Granmar, Claes, Varumärkesskydd, s. 36.

¹⁹⁵ Aa., s. 37.

¹⁹⁶ Kocktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 340.

¹⁹⁷ Levin, Marianne, Nästan allt kan vara ett varumärke, Brand News jubileumsnummer 1990-2000, s. 27.

¹⁹⁸ Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 21.

¹⁹⁹ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 19.

Skydd ges genom inarbetning eller registrering. Det finns tre olika typer av registrering: 1) registrering av ett EG-varumärke hos OHIM²⁰⁰, 2) registrering hos WIPO av ett internationellt varumärke enligt Madridprotokollet med giltighet för Sverige, 3) och registrering av ett nationellt svenskt varumärke hos PRV.

För att kunna ha en stabil och säker marknad skulle det vara bäst att endast kunna registrera sitt kännetecken i ett offentligt register, men det skulle medföra en ökad risk för otillbörliga marknadsövergrepp, t.ex. genom att vem som helst skulle kunna tillägna sig oregistrerade varumärken och utnyttja kännetecknets goodwill. Särskiljningsförmåga, som krävs för att kunna registrera sitt varumärke, uppstår i många fall först som en följd av inarbetning.

6.1.2 Skyddsobjekt

Ett varumärke beskrivs i doktrinen som en symbol, en kommunikationskod som saknar självständig mening och eget värde när det står för sig självt utan den kommersiella miljön runt omkring sig. Inom upphovsrätten och patenträtten skyddas objekt under förutsättning av viss egen betydelse och visst eget värde, t.ex. ett litterärt verk eller uppfinning.²⁰¹ Varumärkets egentliga betydelse ligger just i deras symbolfunktion där frågan uppstår om vad som skall vara skyddsobjektet.²⁰²

Varumärket är en förbindelselänk mellan näringsidkaren och konsumenten. Den centrala funktionen är av marknadsstyrande art, t.ex. via reklamåtgärder. Om det är en känd produkt, har märket en typisk ursprungsangivelsefunktion, vilket anser att kunden lägger vikt vid och antar att varor som är märkta kommer från företaget. Varan får även en garantifunktion i och med att det står ett visst märke på den. Kunden förväntar sig vissa saker av produkten, vilket han i och för sig inte skulle kunna göra gällande några rättsliga åtgärder emot om dessa inte skulle bli uppfyllda, men som är viktiga för företaget, eftersom de är väldigt måna om att inte hamna i vanrykte. Detta kallas för en garantifunktion.

De flesta vanliga varumärken är s.k. producentmärken, vilka innehas och anbringas av producenter. Handels- eller distributörmärken ökar hela tiden i utsträckning. Dessa märken innehas och anbringas av de stora handelskedjorna, t.ex. Coop, Willys, ICA m.m.

Trots att varumärket bara är en symbol utan självständigt värde får det ändå en stor betydelse i sin konkreta, kommersiella miljö. Dessutom kan ett märke som har funnits länge på marknaden erhålla ett egenvärde p.g.a. att

²⁰⁰ Office for Harmonisation in the Internal Market.

²⁰¹ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 367.

²⁰² Levin, Marianne, Nästan allt kan vara ett varumärke, Brand News jubileumsnummer 1990-2000, s. 28.

det har blivit väl ansett, d.v.s. fått ett värde utanför den miljö där det har inarbetats.

Det finns inget hinder mot att reklammaterial skyddas, men skyddet berör bara enskilda element såsom t.ex. text och bilder. Därför blir det inte effektivt för reklamenheten som sådan. Man har ansett att ett skydd för hela reklamen skulle innebära en risk för monopolisering av idéer och uppslag och därför verka hämmande för reklamens utveckling.²⁰³

6.1.3 Särskiljningsförmåga och grafisk återgivning

En s.k. särskiljningsförmåga krävs för att varumärket skall kunna omfattas av varumärkesskydd. Kravet framgår av 1 § 2 st. VmL: ”förutsatt att tecknen kan särskilja varor...”. Det framgår också som ett allmänt krav vid registrerbarhet i 13 § 1 st. VmL och indirekt i 2 § VmL om inarbetning.²⁰⁴ Ett fungerande varukännetecken måste ha ett eller annat, inneboende eller förvärvat, särdrag. Man skall kunna särskilja en viss vara från andra av samma typ för att den skall få skydd, d.v.s. märket måste uppvisa distinktivitet.²⁰⁵ Kännetecknet skall dessutom, i kravet på särskiljningsförmåga, sträva efter att frihålla språkets vanliga ord och i tillvaron förekommande symboler, vilket framgår av 13 § 1 st. VmL. Sådant som uteslutande framstår som sedvanliga beteckningar på varan eller tjänsten kan inte skyddas. Märket får inte heller verka deskriptivt för någon av de varor som ansökningen omfattar.²⁰⁶

Särskiljning inom varumärkesrätten skiljer sig helt från upphovsrättens originalitetskrav. Ett varumärke kan mycket väl ha varit känt i århundraden men ändå ha tillräcklig särskiljningsförmåga. Det krävs ingen kreativitet eller språklig och konstnärlig fantasi för att uppnå skydd. Det räcker med att tecknet kan identifiera varornas ursprung och särskilja det från andra företags. Ytterligare en stor skillnad är att särskiljningsförmåga kan förvärvas genom inarbetning.²⁰⁷ Att bedöma särskiljningsförmåga i praktiken är väldigt svårt och praxis på området är omfattande.

Kravet på särskiljningsförmåga handlar vid registreringstillfället endast om att bedöma att inte något av de absoluta registreringshindren föreligger, se 14 § VmL, och att i övrigt bedöma om det sökta märket har en presumtiv särskiljningsförmåga. Märket behöver inte ha tagits i bruk eller verkligen visat sig fungera för att det skall vara särskiljande.²⁰⁸

²⁰³ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i Immaterialrätt, s. 95.

²⁰⁴ A.a., s. 375.

²⁰⁵ Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 28.

²⁰⁶ Om kravet är uppfyllt skall bedömas av en normalt informerad samt skäligen upplyst konsument.

²⁰⁷ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i Immaterialrätt, s. 380.

²⁰⁸ Levin, Marianne, Nästan allt kan vara ett varumärke, Brand News jubileumsnummer 1990-2000, s. 28.

I 1 § 2 st. VmL anges som en registreringsförutsättning att varumärket måste kunna återges grafiskt, d.v.s. att varumärket skall kunna uppfattas med synen och att det skall kunna återges på papper. Tack vare denna harmonisering enligt EG-direktivet har det öppnats en möjlighet för nya varumärkestyper att bli registrerade. Ett av dem, är ljud. Det har uppstått en efterfrågan att kunna registrera ljud, eftersom man genom nya marknadsföringssätt som har utvecklats tack vare TV, radio och senare Internet har kunnat utnyttja ljud i reklam.²⁰⁹

Det första svenska fallet angående registreringar av ett ljudvarumärke gällde Hemglass melodi, PBR den 17.12.1998 i mål nr 95-491 (Glassmelodi) där bolagets välbekanta signal registrerades. PBR accepterade märket, efter att PRV hade nekat det, därför att signalen var utskriven i noter, vilket gjorde att kravet på grafiskt återgivande var uppfyllt. I fallet var det inte nödvändigt, men domstolen ansåg att det var lämpligt, att ansökan kompletterades med en inspelning, vilket Hemglass medförde.²¹⁰ Ytterliggare fall är P3:s visselsignal och Vivo-sången ”Det finns mycket mer hos Vivo”.²¹¹

Kraven för att få sitt ljudmärke registrerat som EG-varumärke är att helheten av flera toner och ljud skall bilda något registrerbart och särskiljande. Vilken längd på ljud eller melodier som krävs är oklart. Långa melodier går uppenbarligen bra som EG-varumärke.²¹² Exempel på en litet längre EG-registrerad melodislinga är Twentieth Century Fox. Det är dock uppenbart att alltför långa melodier eller andra ljud svårligen kan uppfylla en känneteckenseffekt.²¹³

Den tidigare uppfattningen har varit att ljud (inklusive melodier) inte är varumärken i teknisk mening och därför inte heller borde kunna registreras. Detta gällde även noter där frågan var om notbilden verkligen omfattade ljudbilden. I Sieckmann-avgörandet i EGD den 12.12.2002 i mål C-273/00, där frågan var om ett doftmärke, konstaterades att ett tecken som inte kan upplevas visuellt kan registreras om det kan återges grafiskt. Återgivningen skall vara klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv.²¹⁴ Domstolen konstaterade i Shield Mark-avgörandet (Mål C-283/01) att samma förutsättningar skall gälla i fråga om ljudmärken. Shield Mark är en brettpatentbyrå som har fått hela fjorton ljudvarumärken registrerade som Benelux-märken. Märkena gäller bl.a. för datorprogram, tidningar, reklamverksamhet, utbildning och juridiska tjänster.²¹⁵ Frågan var i fallet om ett förhandsbesked angående tolkningen av artikel 2 i direktivet. Domstolen uttryckte vidare i sin bedömning att det

²⁰⁹ Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 22.

²¹⁰ Löfgren, Christer, Så ser ljudet ut, Brand News nr 10/03.

²¹¹ Löfgren, Christer, Ljud med ensamrätt, Brand News nr 04/02, s. 9.

²¹² A.a., s. 9.

²¹³ A.a., s. 10.

²¹⁴ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i Immaterialrätt, s. 370.

²¹⁵ Löfgren, Christer, Så ser ljudet ut, Brand News nr 10/03.

ankommer på den hänskjutande domstolen att fastställa, i varje enskilt fall, huruvida tecknet kan utgöra ett varumärke och därmed kan vara föremål för registrering. Domstolen är likväl behörig att göra en bedömning avseende huruvida en återgivning med hjälp av musiknoter eller en återgivning genom skriftspråk utgör en grafisk återgivning av ett ljudtecken i den mening som avses i artikel 2 i direktivet.²¹⁶

I domslutet konstaterades att artikel 2 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar skall tolkas så, att ljudtecken skall kunna anses utgöra varumärken då de kan särskilja ett företags varor eller tjänster från andra företags och kan återges grafiskt.²¹⁷

Ett ljudtecken uppfyller inte dessa krav när tecknet har återgivits grafiskt i form av en beskrivning genom skriftspråk, såsom en uppgift om att tecknet består av toner som bildar ett känt musikstycke eller en uppgift om att det utgörs av ett djurläte, eller i form av ett onomatopoetiskt²¹⁸ uttryck utan närmare angivelse eller i form av en följd av musiknoter utan närmare angivelse. Däremot är nämnda krav uppfyllda när tecknet återges i form av ett notsystem uppdelat i takter, i vilket det bland annat återfinns en klav, musiknoter och pauser vars form visar det relativa värdet och, i förekommande fall, tonförskjutningar.²¹⁹

Marianne Levin är kritisk till den grafiska återgivningen av ljud i noter. Hon menar att ljudvarumärken i många fall kan verka särskiljande, men eftersom syftet är att en konkurrent skall kunna gå till registret och kontrollera om det finns ett identiskt eller liknande märke, är ljudmärkena med nuvarande krav på grafisk återgivning problematiska. Det är få förunnat att höra ”rätt” ljud ens vid notskrift. Varje grafisk återgivning blir i dagens läge en illusion, om det inte handlar om ett bildmärke. Ytterligare problem är att ljudmärket har stora likheter med andra ”okonventionella kännetecken” som enstaka färger, lukter och även produktformer. Levin menar att den grundläggande förutsättningen fattas, d.v.s. att det är ett tecken som kan särskilja ett företags varor eller tjänster från ett annat. Denna förutsättning uppkommer först genom inarbetning. Först och främst behövs det en bevisning om att det verkligen är fråga om ett särskiljande tecken och inte ”bara” en melodi, ett galande, en produkt o.s.v. Om inte också hänsyn tas till visad särskiljningsförmåga, finns det en risk för att sådana märken blir hämmande.²²⁰

Lunell har också uttryckt sin skepsis till grafisk återgivning. Enligt Lunell finns det tre alternativ för ett doft- eller ljudmärke att bli registrerat. Det första är att man gör avkall på kravet på exakthet, vilket innebär att man helt enkelt kräver mindre precisa återgivningar. I ett rättssäkerhetsperspektiv

²¹⁶ Mål C-283/01 (Shield Mark).

²¹⁷ A.a.

²¹⁸ När man med ord beskriver ett ljud t.ex. kuckeliku.

²¹⁹ Mål C-283/01 (Shield Mark).

²²⁰ Löfgren, Christer, Så ser ljudet ut, Brand News nr 10/03, s. 13.

faller detta alternativ, eftersom andra näringsidkare måste kunna få exakt kunskap om det varumärke som har monopoliserats. Det andra alternativet är att den grafiska återgivningen endast behöver vara begriplig för fackmän, och inte för konsumenter. Det tredje och sista alternativet är att krav uppställs på att en i och för sig exakt ljud- eller doftåtergivning kompletteras med antingen en beskrivning i ord av märket eller med ett ljud- eller doftprov, så att även en genomsnittskonsument kan få en viss förståelse av märket.²²¹

Ett problem som kan uppstå i språkliga översättningar av grafiskt återgivna ljudvarumärken är de olika tonernas namn. Internationellt går en av tonerna i Für Elise under beteckningen ”b” medan man i Sverige kallar samma ton för ”h”. Delar av varumärket får plötsligt en ny bokstav vid översättningen.²²²

Det har ovan sagts att ljud kan få varumärkesrättsligt skydd om det kan nedtecknas grafiskt och har tillräcklig särskiljningsförmåga. Ett problem som skulle kunna uppstå är att ljudmärken som består av ljud som en konsument är van vid att höra i andra sammanhang kan vidare sakna särskiljningsförmåga.²²³ Menar man att en sound alike, där konsumenterna är vana att höra ursprungsverket, saknar särskiljningsförmåga? Detta passar snarare in på icke-musikaliska verk som naturliga ljud (brusljud, buller eller oljud).

En sound alike kan, precis som andra musikaliska verk, nedtecknas grafiskt och uppfyller kravet på grafiskt återgivande. Jag ser ingen anledning till varför den inte kan få skydd genom registrering. Som i många fall med ljudmärken kan det vara problematiskt med att återge märket grafiskt, men eftersom det är en melodi nedtecknas det på papper i form av noter, vilket enligt praxis är tillräckligt noga för att uppfylla kravet på grafiskt återgivande. Som det står i förarbetena måste dock bedömningen ske i varje enskilt fall och om registrering inte skulle godkännas, kan det givetvis alltid få ensamrätt genom inarbetning.

6.1.4 Registrering

För att den registrerade ensamrätten skall ha en hög grad av säkerhet, förprövar Patent och registreringsverket (PRV) de materiella förutsättningarna och ex officio kontrollerar att de senare sökta märkena inte kommer för nära ett som redan är skyddat. För de nationella varumärkena innebär denna prövning att man undgår de förluster som skulle uppstå vid en lansering av ett olovligt varumärke och därpå följande kostnader, men någon garanti för ett internationellt varumärke finns inte. I och med den allt större internationella användningen av varumärken och EG-

²²¹ Lunell, Erika, Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt – några kommentarer kring ”Sieckman-fallet”, NIR 2003 s. 136.

²²² Löfgren, Christer, Så ser ljudet ut, Brand News nr 10/03, s. 12.

²²³ Lunell, Erika, Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt – några kommentarer kring ”Sieckman-fallet”, NIR 2003 s. 126.

varumärkessystem, som kan klara sig med ett mycket enklare registreringsystem, har den nationella förövningen blivit ifrågasatt.²²⁴

1 § och 12–24 §§ VmL behandlar registrering av ett varumärke. I 1 § står det:

”Genom registrering enligt denna lag förvärvas ensamrätt till ett varumärke såsom särskilt kännetecken för varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet. Ett varumärke kan bestå av alla tecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, samt figurer, bokstäver, siffror och formen eller utstyrelsen på en vara eller dess förpackning, förutsatt att tecknen kan särskilja varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls i en annan.”

Ansökning av varumärke görs till Patent och registreringsverket (PRV). Ansökan skall vara skriftlig och innehålla en återgivning av märket, vilket t.ex. innebär en för reproduktion lämpad avbildning av märket (figurvarumärke), eller en i noter nedskrivna melodi (ljudvarumärke). Uppgifter om de varor som märket avser och klassificering av varorna, enligt 16–17 §§ VmL, krävs vidare för att ansökan skall godkännas. Slutligen skall ansökan innehålla diverse formkrav.²²⁵

PRV undersöker sedan om varumärket till sin art och beskaffenhet är registrerbart (absoluta förutsättningar) samt att märket inte riskerar att göra intrång i redan bestående rätt (relativa förutsättningar). Om PRV felaktigt registrerar ett varumärke kan det inte i administrativ ordning rättas till den sökandes nackdel.

De viktigaste registreringskraven finns i 1 § 2 st., 13 § (särskiljningsförmåga) och 14 § VmL (registreringshindren). PRV ser till att varumärket har särskiljningsförmåga och att inga hinder föreligger enligt 14 § VmL.²²⁶ Märket kan därefter registreras och kungöras, 20 § 1 st. VmL. Den som önskar har nu möjlighet att invända mot registreringen inom en frist av två månader. PRV:s beslut kan överklagas till Patentbesvärsträtten (PBR) inom två månader, som i sin tur kan överklagas till Regeringsrätten (RegR). Om registreringen strider mot lagen kan den upphävas genom dom enligt 25, 25 a, 25 b och 26 §§ VmL. Talan får föras av var och en som lider förfång samt av allmän åklagare och en sammanslutning av berörda näringsidkare. Talan skall anhängiggöras mot varumärkeshavaren, inte mot PRV. Det skall även läggas en ansökningsavgift för att få registrera. Avgiften varierar beroendes på vilket sorts varumärke PRV skall behandla.²²⁷

Det finns inget omedelbart användningstvång för att varumärket skall behålla sin giltighet. Däremot inträder ett krav om att märket måste

²²⁴ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 360.

²²⁵ A.a., s. 361.

²²⁶ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 22

²²⁷ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 363.

användas inom en viss tid, närmare sagt, inom fem år från det att registreringsförfarandet avslutats.²²⁸ Orsaken till denna tidsgräns är att överksamma märken kan onödigt hindra någon med verkligt behov av att få ett märke registrerat.²²⁹ Ett registrerat varumärke varar i tio år och kan därefter förnyas ett obegränsat antal gånger.²³⁰

Fördelarna med registrering är att rättens existens och omfattning blir lätt att bevisa. Innehavaren får också ett starkare, rikstäckande och tidigare skydd för märket. Ytterligare fördelar är att varumärket kan pantsättas och en rättsövergång kan antecknas i varumärkesregistret.²³¹

6.1.5 Inarbetning

Ett sätt att erhålla ensamrättsskydd till ett varukännetecken utan att vara tvungen att få det registrerat är genom inarbetning. Det ställs dock en del krav. Inarbetning behandlas i 2 § VmL där det står följande:

”Även utan registrering förvärfvas ensamrätt till ett varumärke, då märket har blivit inarbetat. Genom inarbetning förvärfvas ensamrätt också till andra särskilda varukännetecken som används i en näringsverksamhet. Ett kännetecken anses inarbetat, om det här i landet inom en betydande del av den krets till vilken det riktar sig är känt som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet.”

Ett inarbetat varumärke har i princip samma sorts skydd som ett registrerat märke, undantaget att ensamrätten endast gäller inom det geografiska område där märket faktiskt är inarbetat. Så länge märket fortsätter att vara inarbetat består ensamrätten. Med ”här i landet” menas inte att det behöver vara känt i hela landet, utan lokalt inarbetade märken skall också kunna få skydd, d.v.s. det räcker att märket är känt inom en del av landet, t.ex. Helsingborg, för att ensamrätten skall kunna göras gällande just där. Vidare skall varumärket vara känt i den krets som det riktar sig till, framförallt hos slutförbrukarna, som oftast är konsumenterna. Denna krets brukar man kalla för omsättningskretsen.²³² Känd behöver inte betyda att kännetecknet har använts här i landet, utan det räcker med att produkten är känd genom t.ex. reklam under en förberedelsestid. För det tredje skall det vara känt i en betydande del av kretsen. Enligt Melin och andra forskare på området är varumärket tillräckligt känt om, genom marknadsundersökningar, 30–35 % av omsättningskretsen känner till varumärket.²³³ Det är emellertid inte någon absolut gräns utan bedömningen får bero på omständigheterna i det

²²⁸ Se 25 a § VmL.

²²⁹ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 364.

²³⁰ Carlén-Wendels, Thomas, Upphovsrätt i reklam och media, s. 15.

²³¹ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 359.

²³² Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 196.

²³³ Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel, s. 21-22, och Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 197.

enskilda fallet.²³⁴ Som tumregel säger man att varumärket är inarbetat efter 5 år, trots att kretsen som varan är känd för är mindre än 30 %.²³⁵ Kännetecknet skall dessutom vara känt som just beteckning för de varor som tillhandahålls, vilket innebär att det skall kunna användas som individualiseringsmedel. Härfor krävs en viss särskiljningsförmåga.²³⁶

Ett skäl till valet att inarbeta ett varumärke är att det till en början inte kan registreras p.g.a. att det saknar särskiljningsförmåga. Genom en inarbetning förvärvar varumärket särskiljningsförmåga, vilket gör att det får ett varumärkesskydd med tiden.²³⁷ När tecknet är inarbetat kan varumärkeshavaren välja att registrera det. Ett märke som är inarbetat skyddas så länge inarbetningen består. Om märket är starkt inarbetat, är det inte säkert att skyddet faller bort trots att man slutar att använda märket.²³⁸

Problem som kan uppstå i och med ett varumärkes inarbetning är att det kan vara svårt att i praktiken ta omfattande hänsyn till nationellt inarbetade kännetecken när man skall hantera varumärken på större marknader och över landgränserna. Koktvedgaard anser att framtidens varumärkesrätt bör byggas på ett registreringskrav och att man helt bör bortse från inarbetning, trots att EG-direktivet ger en möjlighet att fortsätta använda inarbetning som rättsgrundande handling.²³⁹

Hur visar man då att ett märke är inarbetat. Att försöka visa inarbetning brukar inte innebära några svårigheter förutsatt att märket verkligen är inarbetat. Det svåra är att i förväg avgöra om märket de facto är tillräckligt inarbetat. En noggrann bedömning bör göras i förväg eftersom kostnaderna är relativt höga när man skall försöka att visa på inarbetning. Via Stockholms Handelskammare kan man företa en utredning som skall visa att märket är inarbetat. Det finns dock speciella marknadsundersökningsföretag som man kan vända sig till istället för till Handelskammaren, vilket innebär lägre kostnader men undersökningen måste slutgiltigt godtas av PRV, vilket innebär att man måste se till att undersökningen är noggrant utförd. Andra och mindre kostnadskrävande sätt är intyg som inhämtas från återförsäljare, kunder och branschorganisationer.²⁴⁰

²³⁴ Prop. 1994/95:59 s. 45.

²³⁵ Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 23.

²³⁶ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 365.

²³⁷ Carlén-Wendels, Thomas, Upphovsrätt i reklam och media, s. 16.

²³⁸ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 431.

²³⁹ A.a., s. 359.

²⁴⁰ Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 135–136.

6.1.6 Förväxlingsbarhet

Kännetecken är förväxlingsbara endast om:

1. de är identiska eller liknar varandra
2. likheten kan ge upphov till missförstånd, t.ex. att kommersiellt samband eller annan samhörighet ligger mellan parterna, eller
3. de trots olikheter har ett gemensamt framträdande element och detta redan finns i en serie kännetecken tillhörande en annan näringsidkare.²⁴¹

Förväxlingsprincipen är varumärkesrättens huvudkriterium.²⁴² Vid värderingen av om två varumärken är förväxlingsbara görs en helhetsbedömning, vilket innebär: särskiljningsförmåga, inarbetning, faktisk användning, likhet i tal och i skrift, varornas beskaffenhet, köparkretsens sammansättning osv. Viktigast är ändå varuslag och likhet. Fallen rör sig oftast om uteblivet tillstånd från varumärkesinnehavaren. Sedan finns det många fall som behandlar den enorma piratverksamheten men som här faller utanför arbetets ramar.²⁴³

När man vid en kränkande likhet, varumärken emellan, skall jämföra de båda märkena lägger man vikt vid: utseendet, synbilden (synintrycket), uttalet (om det rör sig om ordmärken), ljudbilden (hörselintrycket) och slutligen föreställningsbilden där det kontrolleras om de båda märkena har samma meningsinnehåll, motiv eller liknande.²⁴⁴ Det finns ingen schablonregel som man kan följa för att fastställa märkeslikhet eller förväxlingsbar märkeslikhet, men en praktiker som handlägger varumärkesansökningar kommer snabbt underfund med att schablonregler sällan passar in i konkreta situationer.²⁴⁵ Att få in sound alike och melodier i dessa kategorier känns trångt men det enda tänkbara facket är hörselintrycket trots att man här pekar på uttal av ord. I praxis har inte sound alike och melodier i kategorin ordmärke behandlats.

Man betonar ännu en gång konsumentens vikt i bedömningen. Den grundar sig på tre principer: Den första principen behandlar helhetsintrycket, vilket innebär att märkena skall uppfattas som helheter och att man skall bortse från detaljskillnader. Även domaren skall ha denna syn. Denna princip är svår att tillämpa i praktiken, eftersom frågan om vad som anses oväsentligt kvarstår.²⁴⁶

Den andra principen rör den s.k. bleknade minnesbilden, vilken innebär att konsumenten då han t.ex. kommer till hyllan i livsmedelsaffären för andra gången för att köpa den produkt som han införskaffade vid det senaste

²⁴¹ Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 40.

²⁴² Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 404.

²⁴³ A.a., s. 391.

²⁴⁴ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 410.

²⁴⁵ Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 218.

²⁴⁶ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 411.

besöket, har fått en bleknad minnesbild av varans utseende och det finns därför en risk för att konsumenten köper en vara som ser likadan ut.²⁴⁷

Den tredje och sista principen betonar att man inte skall tillämpa samma måttstock för alla varumärken, utan differentiera bedömningen efter varans art och köparkretsens egenskaper. En del litet dyrbarare kapitalvaror medför större uppmärksamhet än andra varor på marknaden.²⁴⁸

Sammanfattningen av dessa principer är att domstolarna borde använda sig av en så pass bred jämförelseteknik att känneteckensrätten kan få en reell och praktisk betydelse. En sådan teknik används också.²⁴⁹

När det gäller varuslagslikhet är det frågan om varor av samma eller liknande slag (6 § 1 st. VmL) vilket är enkelt att avgöra i grova fall men blir desto mer komplicerat när det går utanför kärnzonen. Faktorer som distributionssätt, ändamål, gemensam användning, prisnivå osv. skall beaktas vid en bedömning men än en gång blir man dock påmind av att vikten skall läggas på helhetsbedömningen.²⁵⁰

6.2 Ensamrätt 4–6 §§ VmL

Ensamrätten till ett varumärke innebär att endast innehavaren av detta är berättigad att använda det. Han är alltså skyddad mot olika sorters varumärkesintrång. Om missförstånd har skett vid intrång, brukar det ske en förlikning. Om näringsidkaren har lidit ekonomisk skada, blir det aktuellt med skadestånd, se 38 § VmL, och om intrånget har gjorts i kommersiellt syfte, kan det bli straffbart och leda till böter eller fängelse i max två år, se 37 § VmL.

Ett varumärkes ensamrätt behandlas i 4–6 §§ VmL, där det framgår i 4 § 1 st. att innehavaren kan förbjuda annan att, utan samtycke, i näringsverksamhet använda ett förväxlingsbart kännetecken. Om det uppfattas finnas en förbindelse mellan märkena, anses de också vara förväxlingsbara.

Ensamrätten till ett varumärke kan upphöra: 1) då registreringen efter tio år ej förnyas, 2) om en annan näringsidkare anser sig lida förfång då varumärket inte används av innehavaren och 3) då varumärket inte uppfyller de grundläggande registreringskraven vilket får som konsekvens att det upphör genom hävning.²⁵¹

²⁴⁷ Principen brister även här i praktiken p.g.a. att den leder till ett skydd som är omfattande och utflytande. Dessutom kan den lätt bli till ett luftigt tankeexperiment när man har båda kännetecknena liggandes bredvid varandra.

²⁴⁸ Koktvedgaard, Mogens m.fl., Lärobok i immaterialrätt, s. 412.

²⁴⁹ A.a., s. 413.

²⁵⁰ A.a., s. 417.

²⁵¹ Levin, Marianne, Praktisk varumärkesrätt, s. 23.

7 Analys och sammanfattning

Genom detta arbete har en del frågor kunnat besvaras konkret, medan andra p.g.a. bristande information inom praxis, doktrin och förarbeten inte har kunnat ge lika klara svar. Frågorna som skall behandlas är: Hur nära inpå får man vara originalverket? Kan man uppsätta någon generell regel i fallet sound alikes gällandes gränsdragningen? Vilket/vilka skydd kan sound alikes omfattas av? Vad händer om sound aliken är kränkande gentemot den ursprunglige upphovsmannens vilja? Varför använder man sig av sound alikes i reklam?

7.1 Skydd av sound alike

Ett varumärkesrättsligt skyddsobjekt kan efter omständigheterna även ha ett upphovsrättsligt skydd. Den ökade medvetenheten från varumärkeshavarens sida på känneteckensområdet, har medfört att varumärkesstrategier har fått en betydande plats i företagets agerande. Från upphovsrättssynpunkt kan detta bli intressant, om ett företag, såsom kännetecknen, använder sig av ett redan existerande objekt, t.ex. en känd versrad från en dikt, en melodi eller en tecknad figur. Med tanke på kostnaden och svårigheten att lansera ett helt nytt varumärke, söker istället företaget många gånger efter ett kännetecken som konsumenterna kan relatera till och som ger vissa, önskade relationer. Den beskrivna skyddsstrategin, kan i sig a priori skapa en överlappning mellan upphovsrätt och känneteckensrätt om det valda kännetecknet är en skapad litterär eller konstnärlig företeelse. Problemen som uppstår i och med överlappningen är bl.a. frågan om en känneteckensinnehavare kan hindra annan, genom den ideella rätten som uppkommer med upphovsrätten, från att återropa hans kännetecken på ett kränkande sätt. Ytterligare ett problem är skyddstiderna, upphovsrättshavaren kan få en obegränsad skyddstid genom att återropa en känneteckensrätt till sitt verk.²⁵²

Att ett kännetecken kan erhålla ett upphovsrättsligt skydd torde framgå e contrario av 14 § 1 st. 5 VmL och 10 § 1 st. 5 FirmaL. I lagtexten står det att registrering inte kan erhållas för ett märke som innehåller eller består av något som är ägnat att uppfattas som titel på annans skyddade konstnärliga verk, där titeln är egenartad, ej heller kan det erhållas då ett märke kränker annans upphovsrätt till ett skyddat verk eller annans rätt till fotografisk bild.²⁵³ Regeln behandlar den situationen då ett redan existerande verk skall registreras som ett varumärke. Detta kräver samtycke från upphovsmannen. Utan samtycke föreligger det en kränkning om framställningen av verket anses som en exemplarframställning (se 2 § 1 st. URL.)²⁵⁴

²⁵² Nordell, Per Jonas, Upphovsrättsligt skydd för kännetecknen, NIR 2002 s. 104.

²⁵³ A.a., s. 105.

²⁵⁴ Schovsbo, Jens, ophavsret till varemaerker – hvorfor ikke?, NIR 2000 s. 11.

Många av upphovsrättens skyddade verk kan mycket väl även vara kännetecken. Melodier av olika slag har fått en känneteckensfunktion efter att ha inarbetats genom reklamsammanhang. Som det har konstaterats ovan kan melodier idag utan problem även bli registrerade.²⁵⁵

Till skillnad från varumärkesrätten ger upphovsrätten en i det närmaste heltäckande förfoganderätt över verket²⁵⁶, vilket menas att den upphovsrättsliga förfoganderätten sträcker sig längre än till användning inom näringsverksamhet. Känneteckensrättsliga huvudregler säger att ensamrätten endast erhålls inom varuslaget. Om ett liknande kännetecken uppkommer inom samma varuslag föreligger det alltså en förväxlingsrisk. Anledningen till att skyddet inte sträcker sig utanför varuslaget är att inte inskränka på konkurrensen.²⁵⁷ Det innebär å andra sidan att upphovsmannen till ett kännetecken som genom överlåtelse eller eljest tillkommer annan inte är hindrad att själv använda verket för sig själv eller att licensiera rätten att använda sitt verk för andra ändamål, inklusive som kännetecken inom andra varuslag, till tredje man. Inga legala hinder föreligger mot en upphovsman som använder annans kännetecken i sin skapande verksamhet, så länge det inte framstår som egen känneteckensanvändning. I praktiken torde det inte vara möjligt att åberopa en upphovsrätt för att hindra någon att på eljest lovligt sätt använda annans kännetecken.²⁵⁸

Konsekvensen, vid dubbelt skydd, blir att upphovsrätt till ett varumärke innebär en ensamrätt till varumärket, som inte blir begränsat från konkurrenssynpunkt. Schovsbo avfärdar dock detta och säger att upphovsrätten inte rent generellt kan ”utvidga” varumärkesrätten på ett sådant sätt som ovan. När både varu- och märkesslagslikhet föreligger får man ingen effekt utav dubbelt skydd. I de fall, när den varumärkesrättsliga ensamrätten baserad på ”yrkesmässig användning” och ”förväxling” ger anledning till problem, t.ex. vid ”domain name grabbing”²⁵⁹ och en lösryckt användning på kläder och liknande, skall ett eventuellt kompletterande skydd sökas inom Marknadsföringsrätten. Vid sådana tillfällen ger upphovsrätten inget skydd. Effekten av ett upphovsrättsligt skydd vid sidan om ett varumärkesrättsligt är primärt begränsat till fall, där det inte förekommer någon varuslagslikhet.²⁶⁰

För att ett kännetecken skall kunna särskilja en näringsidkares varor från andras på ett effektivt sätt, är det viktigt att näringsidkaren vårdar sitt kännetecken. Att vårda sitt kännetecken kan innebära att man är tvungen att företa ändringar så att det svarar mot företagets image. Bestämmelsen i 28 § URL, om rätt till oförändrad återgivning, kan hindra märkesinnehavaren från att ändra det överlåtna kännetecknet. Det förefaller naturligt att upphovsmannen skall vara beredd på att acceptera uppdragsgivarens

²⁵⁵ Nordell, Per Jonas, Upphovsrättsligt skydd för kännetecken, NIR 2002 s. 110.

²⁵⁶ Med undantag för de inskränkningar i 2 kap. URL.

²⁵⁷ Schovsbo, Jens, Ophavsret til varemaerker – hvorfor ikke?, NIR 2000 s. 13.

²⁵⁸ Nordell, Per Jonas, Upphovsrättsligt skydd för kännetecken, NIR 2002 s. 111.

²⁵⁹ Registrering av domännamn.

²⁶⁰ Schovsbo, Jens, Ophavsret til varemaerker – hvorfor ikke?, NIR 2000 s. 14.

ändringar i kännetecknet i syfte att vårda det. Nordell anser att det borde upprättas ett överlåtelseavtal som anses implicera en ändringsrätt för alla sådana ändamål. Om upphovsmannen vill göra rätten gällande, skall han särskilt förbehålla sig den. Om känneteckenshavaren vill, såsom kännetecknen, förfoga över ett preexistent verk bör han inte kunna åberopa samma rätt att ändra det p.g.a. att han i högre grad är medveten om det litterära eller konstnärliga syfte som verket ursprungligen tillkommit i. Det kan även talas om en presumtion om att ändringsrätten i fråga om preexistentas verks användning som kännetecknen bör stanna hos upphovsmannen, d.v.s. att det är upp till upphovsmannen att bestämma om uppdragsgivaren får lov att företa ändringar i verket.²⁶¹

Rättighetshavare har på senare tid uppmärksammat det dubbla skyddet för att de gärna vill utnyttja de möjligheter som finns. Det kan, i enskilda fall, stärka ensamrätten. Ett bristande marknadsrättsligt skydd har under lång tid kommit att bidra till sänkta skyddsförutsättningar inom såväl upphovsrätt som känneteckensrätt, vilket är ytterliggare en anledning för näringsidkarna att ansöka om dubbla skydd som kompenserar varandra. Nordell påpekar att det finns en risk med dubbelt skydd som i värsta fall kan leda till hårdsmälta. Han ifrågasätter om dessa skydd klarar att bära den börda som de förändrade marknadsstrukturerna lägger på dem.²⁶²

Schovsbo anser att ett dubbelt skydd är möjligt så länge varumärket uppfyller kravet på originalitet. Om nu kravet sänks, innebär det att allt fler vanliga (och banala) varumärken får möjlighet att erhålla upphovsrättsligt skydd, vilket kan bli kaotiskt. En upphovsrättslig expansion skulle dessutom strida mot den traditionella EG-varumärkesrätten. Schovsbo anser att det skall skapas regler på EU-nivå, som inskränker rätten för ett varumärke att få upphovsrättsligt skydd. Preexisterande konstnärliga märken ger dock inga problem och skall därför inte ingå i ovannämnda reglering.²⁶³

Levin tycker tvärt emot Schovsbo när det gäller den europeiska harmoniseringen och anser att det är p.g.a. gemensamma normer som det har skett en harmonisering nedåt, d.v.s. att tröskeln för de olika skydden har sänkts.²⁶⁴

Om upphovsrätten vinner mark, innebär det att upphovsrättens ensamrätt, som är vidare än varumärkesrättens, kör över den varumärkesrättsliga regleringen, i detta fall förväxlingsbarheten, vilket skulle få till följd att det varumärkesrättsliga skyddet urvattnades. Eftersom ensamrätten till ett varumärke är inskränkt till ett varuslag, och detta är viktigt från konkurrenssynpunkt, kan det vara bättre att vid dubbelt skydd rätta sig efter den varumärkesrättsliga förväxlingsbarheten. Koktvedgaard har ovan påpekat att man inte via upphovsrätten skall kunna bredda sitt

²⁶¹ Nordell, Per Jonas, Upphovsrättsligt skydd för kännetecknen, NIR 2002 s. 114.

²⁶² A.a., s. 117.

²⁶³ Schovsbo, Jens, Ophavsret til varmaerker – hvorfor ikke?, NIR 2000 s. 17.

²⁶⁴ Levin, Marianne, Upphovsrättens gränssytor mot det industriella rättsskyddet och konkurrensrätten, NIR 2003 s. 325.

varumärkesrättsliga skydd, vilket i detta fall resulterar i att sound aliken såsom varumärke måste kunna anses förväxlingsbart trots att det har uppnått upphovsrättsligt skydd. Levin påpekar att i praktiken räcker varumärkesrätten som rättsgrund, om det är en varumärkesanvändning man vänder sig mot.²⁶⁵

I samma artikel som ovan föreslår Levin det som Koktvedgaard behandlade i sin avhandling, en alltomfattande ensamrätt, en bred regel, som skulle vara tillämplig för skyddet av alla intellektuella prestationer och kännetecken och som kunde förses med de nödvändiga balanserade övervägandena över hela fältet. Givetvis skulle problemen som uppstår av de olika överlappningarna försvinna, men som Koktvedgaard påpekade skulle det ta väldigt lång tid att skapa en praxis och att lära upp domare i ett sådant system, men Levin är trots detta positiv till en sådan förändring på det immaterialrättsliga området.²⁶⁶

Det görs en distinktion mellan det immaterialrättsliga skyddet i sig och otillbörligt utnyttjande av efterbildning i marknadsföring. Gällandes objektskyddet står det följande i propositionen: att immaterialrättslagstiftningen ”skall uttömmande reglera frågan om ensamrättens omfattning”²⁶⁷ Det är som huvudregel fastställt att det inte går att förbjuda en efterbildning av annans prestation eller kännetecken med hjälp av 2 § MFL. Om däremot utnyttjandet av en efterbildning i reklam och marknadsföring har i syfte att vilseleda eller framkalla förväxling med annan näringsidkares vara eller verksamhet, kan detta bedömas som otillbörligt.²⁶⁸ MD har alltså möjlighet att förbjuda användningen av vilseledande kännetecken oavsett om de är varumärkesrättsligt skyddade eller inte. Departementschefen sa följande om detta:

”Det dubbla systemet synes mig f.ö. inte vara förenat med några olägenheter av egentlig praktisk betydelse. Har ett vitesförbud meddelats av en myndighet bör den andra myndigheten anses förhindrad att förbjuda ett förfarande som helt täcks av det redan meddelade förbudet... Det praktiska resultatet härav blir att den myndighet som tillämpar de strängaste bedömningsnormerna får det avgörande beslutet.”²⁶⁹

Även om det är vanligt att ett förfarande samtidigt kan vara att 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 kan tänkas. När det gäller ett förfarande som inte är varumärkesintrång, kan det från ett näringsidkarperspektiv te sig

²⁶⁵ Levin, Marianne, Upphovsrättens gränssytor mot det industriella rättsskyddet och konkurrensrätten, NIR 2003 s. 328.

²⁶⁶ A.a., s. 332.

²⁶⁷ Prop. 1970:57 s. 75.

²⁶⁸ Gunnarsson, Per, Renommésnyltning och otillbörligt utnyttjande – utifrån ett näringsidkarperspektiv, s. 16.

²⁶⁹ Prop. 1970:57 s. 90.

otillbörligt. Otillbörligheten beivras om viktiga konsumenthänsyn talar härför, normalt inte om enbart näringsidkaren kränks.²⁷⁰

Marknadsrättens möjligheter att förbjuda vilseledande eller otillbörlig känneteckensanvändning har på senare tid blivit allt viktigare att beakta i det rättsliga skyddet för kännetecknen, men i de flesta fall skulle man lika gärna kunna hänföra frågor om vilseledande marknadsföring till frågorna om förväxlingsbarhet och vilseledande. Orsaken till att vilseledande, till skillnad från förväxlingsbarheten, fått en mycket vidare och generell innebörd och tillämpning inom marknadsföringslagstiftningen torde vara de bristande möjligheterna till registreringsskydd för utstyrselar enligt VmL. Som åtgärd pressade man in ett skydd mot vilseledande utstyrselar i marknadsrätten, d.v.s. i praktiken ett förväxlingsskydd. För kännetecknen med mindre traditionella känneteckensfakta bidrog MFL med det vidare begreppet, kommersiell särprägel. Fördelarna med att ha regleringen i MFL har tidigare ansetts vara relativt generösa bedömningsnormer, eninstansförfarande (MD) och förbud som huvudsakligt remedium. Idag framstår det marknadsrättsliga efterbildningsskyddet endast som en dubbling. Det visar sig i MD:s praxis där många fall gällandes bl.a. otillbörligt utnyttjande av renommé och vilseledande om kommersiellt ursprung, är av känneteckensrättslig karaktär eller har företagits med känneteckensrättsliga förtecken.²⁷¹

En varumärkesrättsligt skyddad sound alike kan trots skydd dömas enligt MFL om den utgör ett vilseledande kännetecken. Otillbörlig marknadsföring brukar som ovan endast beivras om det är till nackdel för konsumenterna, i detta fall målgruppen vilken reklamen är riktad till, om märket är varumärkesrättsligt skyddat.

Expedition: Robinsson-fallet har ovan behandlats, men skall här analyseras ytterliggare för att ge svar på frågan om en analogi kan dras mellan detta litet speciella fall av renommésnyltning och sound alike. Frågan var om användningen av kännetecknet Robinson för chips kunde anses utgöra otillbörlig snyltning på det renommé som fanns i TV-programmet Expedition: Robinson. Det aktuella TV-programmet blev på kort tid mycket välkänt för en stor mängd konsumenter. Genom att anknyta till programmet fick den vara man marknadsförde ett betydande kommersiellt värde. I den mån detta uppmärksamhetsvärde kunde sägas medföra ett renommé för SVT, var det fråga om renommé i något vidare bemärkelse än som brukade avses med detta begrepp. När SVT använde Robinson i sitt program innebar det att kanalen anknöt till och utnyttjade en tidig välkänd företeelse, romanen Robinson Crusoe. Sådana namn skulle kunna användas av andra näringsidkare om de vore allmänt tillgängliga, men i detta fall fick begreppet Robinson en helt annan aktualitet och ett nytt innehåll. Allmänheten hade lättare att knyta begreppet till TV-programmet än till romanen. Robinson uppfattas oftast som en hänsyftning på TV-programmet.

²⁷⁰ Gunnarsson, Per, Renommésnyltning och otillbörligt goodwillutnyttjande – utifrån ett näringsidkarperspektiv, s. 17.

²⁷¹ Nordell, Per Jonas, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 505.

Genom OLW:s chipspåsar som både till namnet och utseendet påminde om Expedition: Robinson utnyttjade de kommersiellt ett uppmärksamhetsvärde som SVT och programmet i sig fick anses ha skapat hos konsumenterna. Marknadsföringen utgjorde därför en form av renommésnyltning.

I detta fall rörde det sig om en mer efemär företeelse i vilken såsom domstolen förklarade, ett uppmärksamhetsvärde uppkommit. I praxis har det oftast handlat om sedan länge inarbetade och välkända produktkännetecken.

Ett TV-program har en mer momentan inarbetning och ett renommé främst i anknytning till den tid under vilket programmet sänds. Ett sådant begränsat TV-program har ett slags momentan mening. I ett känneteckensperspektiv finns det en slags meningslikhet mellan Expedition: Robinson och Robinsonchips. Det är också uppenbart att OLW har försökt att spela på meningslikheten. Nordell tvekar ifråga om det verkligen har utgjort en renommésnyltning, eftersom ingenting säger att SVT skulle ha bättre goodwill än OLW (vilket är en anledning till varför man snyltar). Användningen av kännetecknet utgör snarare en urvattningsrisk, eftersom en alltför omfattande användning av märket skulle leda till en försvagning av dess särskiljningsförmåga för TV-programmet.

Sound alikes bygger, precis som Expedition: Robinson på en välkänd företeelse, d.v.s. det ursprungliga musikaliska verket. Om det senare inte är välkänt, förlorar sound aliken sin referens, precis som Robinson. Sound aliken används som ett kännetecken i reklam för en specifik vara samtidigt som den relaterar till den image som utgörs av det ursprungliga verket/artisten, vilket till skillnad från det ursprungliga verket innebär en annan aktualitet och ett nytt innehåll. Vid en lyckad marknadsföring av varan med en sound alike, kan det ursprungliga verket uppfattas som en hänsyftning till den marknadsförda varan. Sound aliken är även den en efemär företeelse d.v.s. den skiljer sig från praxis där det har handlat om sedan länge inarbetade och välkända produktkännetecken. Vid användning av sound alikes i reklam är sändningstiden i TV/radio/Internet begränsad, vilket kan jämföras med den momentana inarbetningen och renommé som ett TV-program har.

Slutsatsen är att samtliga rekvisit för att erhålla ett s.k. uppmärksamhetsvärde skulle teoretiskt sett kunna uppfyllas i ett sound alike-fall, vilket innebär att renommésnyltning även här skulle kunna tillämpas.

7.2 Gränsdragningen och lagstiftning

Att fastställa en gräns och skapa en generell regel för när bearbetningar, i detta fall sound alikes, gör intrång är inte mjöligt. Det är, som ovan sagt, tillåtet att använda samma instrumentering, tempo, samma typer av harmonier, samma övergripande ljudbilder etc. som i tidigare verk, vilket vid närmare eftertanke är den enda lösningen för musik att vidareutvecklas.

Ponera att en strängare lagstiftning kring musikkopiering skulle tillämpas. Konsekvensen av regleringen skulle i teorin resultera i en stagnation av det musikaliska skapandet. Möjligheterna till att skapa musik skulle inte kunna utvecklas utan tillstånd av de ursprungliga upphovsmännen och vid godkännande från de förstnämnda, skulle stora ekonomiska medel krävas för att betala för det man lånade. I praktiken skulle en underjordisk musikmarknad skapas där produktioner utan tillstånd skulle släppas och distribueras via Internet. Denna marknad är redan nu aktiv, men med snävare restriktioner skulle marknaden endast utvidgas.

Att generation efter generation tolkar musikverk på nya banbrytande sätt innebär inte en kränkning gentemot den ursprunglige upphovsmannen, utan det är snarare en naturlig gång inom den musikaliska evolutionen. Koktvedgaard skriver att ett verk kan nästintill bearbetas sönder men att man trots detta ändå aldrig glömmet originalet. Slutsatsen är att musik inte går att kränka, eftersom man aldrig ödelägger upplevelsen av originalverket självt.²⁷² Han påpekar dock att det finns former för utnyttjanden då kränkning kan bli aktuellt. Det är i de fall man relaterar musikverket till något visuellt som är extremt komiskt.

Fullt förståeligt är det att inte utan tillåtelse använda en konkret utformning i ett nytt verk. Det är självklart att ett sådant förfarande innebär intrång. De fall där verket inte anses vara en konkret utformning kan helt enkelt inte bestämmas i förväg och användas i samtliga intrångsmål som en sorts schablonförteckning över gränsdragningen. Det har diskuterats kring olika antal takter och t.o.m. en speciell lagstiftning för sound alikes för att fastställa en gränsdragnin, men det måste slutligen vara domstolarna som beslutar i varje enskilt fall när en sound alike inkräktar på annans upphovsrättsligt skyddade territorium. Jag är helt oense med Rosenmeier om hans påstående att gränsen vid tre takter är gällande rätt.

Lenemarks sammanfattning av NJA 2002 s. 178 kan tänkas utgöra ett stöd för var, gränsen skulle kunna dras:

- även mycket enkla musikstycken kan åtnjuta upphovsrättsligt skydd, oberoende av kvantitativt omfång, kvalitet och komplexitet.
- frågan om att intrång i objektiv mening föreligger skall avgöras efter en helhetsbedömning, varvid det avgörande för likhetsbedömningen är en jämförelse av alstren i den form i vilken de uppfattas av lyssnaren, varvid avvikelser i tempo och harmonik inte i och för sig utesluter likhet.
- att frågan om verkshöjd skall prövas efter en helhetsbedömning, varvid det avgörande är en bedömning av alstret i den form i vilken lyssnaren uppfattar det.
- Om påfallande likhet mellan de aktuella melodierna kan konstateras, skall det ställas höga krav på den bevisning som

²⁷² Ton och rätt, festskrift till STIM, Ideel ret og musik, Koktvedgaard, Mogens, s. 36.

avser att styrka att fråga är om ett oberoende dubbelskapande.²⁷³

Det kan inte klart fastställas efter endast ett avgörande var gränslinjerna går vid intrång när det gäller musikaliska verk. Man får heller inte bortse ifrån att fallet Drängarna rörde sig om populärmusik och att avgörandet därigenom kan antas bli ännu snävare. Det som dock har klargjorts genom fallet är att det inte kan ställas upp några kvantitativa krav vid vare sig verkshöjds- eller intrångsbedömningen, utan att det vid varje enskilt fall skall göras en helhetsbedömning.

I Drängarna-avgörandet refererar HD till Smultronfallet (NJA 1994 s. 74), vilket i praktiken innebär att det blir svårt för den som skapat ett senare och i objektiv mening intrångsgörande alster att nå framgång genom att hävda oberoende dubbelskapande. Särskilt om det tidigare verket varit välkänt och framgångsrikt.²⁷⁴ I sound alikefallen rör det sig oftast om väldigt medvetna intrång som har gjorts, eftersom tillstånd först har försökt införskaffas, men har nekats. I dessa fall rör det sig inte om något oberoende dubbelskapande.

Skall man utsätta sound aliken och bearbetningar i övrigt för en hårdare reglering? Det uppenbara syftet med just sound alikes är att kringgå en utgift i form av royalty och ett tillstånd som i många fall inte ges till producenterna. I en del av STIM-fallen har tillstånden från den ursprungliga upphovsmannen inneburit en försening av reklamfilmsproduktionen, vilket har resulterat i att marknadsföringen har blivit verkningslös. Istället producerar bolaget en egen version av den tilltänkta upphovsmannens verk och sparar på det sättet in både tid och pengar. Trots allt handlar det i slutänden om kommersiell vinning genom att använda sound alikes, vilket kan innebära en ekonomisk men även ideell skada för den ursprungliga upphovsmannen. Dessa fall skulle jag vilja ha en strängare reglering för, där skadestånden är större och det är lättare att få ett interimistiskt förbud. I andra fall, när en bearbetning produceras som en del av den musikaliska utvecklingen, så skall man lossa på tyglarna och behålla aktuell reglering på området.

När det gäller skadestånd använder sig Sverige inte av s.k. punitive damages. Detta uttryck innebär att ett högre skadeståndsbelopp än normalt döms ut för något som anses särskilt klandervärt och rymmer därför, utöver ersättning till den drabbade, framför allt en bötessumma för den som orsakat skadan. Alternativet är att avhålla sig helt från att försöka efterlikna ursprungsverket, vilket kommer att hämma musikens utveckling. Eftersom man inte riktigt vet var gränsen går mellan en fri anslutning till verket och en bearbetning, innebär det att det alltid finns en chans att som sound alike-producent vinna ett intrångsmål i domstol. Det är ju i och för sig förståeligt att det inte går att på förhand sätta ut en gräns, men detta blir konsekvensen.

²⁷³ Lenemark, Richard, Högsta domstolen tar sig ton rörande musikplagiat, s. 593.

²⁷⁴ A.a., s. 593.

7.3 STIM

Att som producent använda sig av STIM:s bedömningskommitté, brukar innebära att intrånget som skall utredas redan är skett, eftersom reklamfilmen har hunnit spridas via mediekanalerna. Produkten har förknippats med originalverket, vilket i sin tur har berört den målgrupp man har velat beröra och uppdraget är slutfört.

Av STIM:s sexton fall var det tolv som var fällande men i varje fall, där motivering har givits, har kommittén dömt enskilt och oberoende av något annat fall, vilket gör att det är svårt att dra några gemensamma slutsatser. I fem av fallen blev antingen den ursprunglige upphovsmannen tillfrågad eller skivbolaget men i samtliga av dessa fall fick producenten till reklamfilmen nekande svar. Trots detta producerades en sound alike i hopp om att talan inte skulle väckas.

Jag kan tänka mig att anledningen till att reklamproducenterna är villiga att riskera att få utdömt ett skadestånd, är att detta inte är högre än vad kostnaden att använda sig av den ursprunglige upphovsmannens verk är. Dessutom är sound aliken en mycket bra imageförstärkare, vilket saknas i ett eget producerat verk som inte har någon anknytning till någon image. Ytterligare en anledning kan vara att processen att från upphovsmannen kräva ett tillstånd kan bli väldigt utdragen. Detta går att se i ett av fallen som prövades i STIM. Med tanke på konkurrensen på marknaden, både mellan olika varor men även för reklamföretagen emellan, och produktens aktualitet, gäller det för företaget att så snabbt som möjligt bli klart med reklamfilmen. Detta får till följd att man inte kan vänta på upphovsmannens tillstånd.

7.4 Varför sound alike

Ljudmärken har, generellt, vissa specifika egenskaper som kan användas i marknadsföringen på ett helt annat sätt än grafiska märken. Ljudet kan förändras under tiden det spelas upp och kan på det sättet förmedla ett spektrum av känslor. Människans ljudminne är väl utvecklat, vilket medför att ljudmärket kan finnas kvar i vårt medvetande och fortsätta att förmedla märkesinnehavarens budskap även efter det att vi utsatts för det. Reklamen kan dessutom utformas så att olika sinnen påverkas samtidigt.²⁷⁵

Anledningen till att man använder sig av sound alike, eller ljud rent allmänt, i reklam är dess roll som imageförstärkare. Produkten som använder sig av sound aliken förstärker sin image. Melodin påminner ibland svagt ibland starkt om det ursprungliga verket, vilket gör att reklamen ges image av originalverket.

²⁷⁵ Hulgaard, Sophie, Ljudmärken och kravet på grafisk återgivning vid registrering av varumärken i ljuset av EG-domstolens praxis, NIR 2004 s. 172.

För generation x och y (se ovan 3.3) är en marknadsföring med sound alikes klart effektivast. För att få bästa möjliga effekt utav sound aliken, skall den ligga så pass nära i tiden till det ursprungliga verket att de båda generationerna kan associera till den. Valet av melodi är betydelsefullt och tanken är att välja en melodi som själv har haft en enorm genomslagskraft eller en melodi som är lätt att känna igen och därefter producera sound aliken. Med tiden sjunker melodins hitstatus, d.v.s. musikkanaler både på radio och tv spelar den inte lika frekvent och dess hitlistplacering faller, vilket gör att det blir svårare för en producent att få samma effekt för sin sound alike hos samma målgrupp. Tidsspannet kan tänkas vara ett år, beroende på vilken status melodin får.

Däremot med senior- och fyrtiotalistgenerationerna fungerar det bäst med klassiker som dessa målgrupper kommer ihåg från sina yngre år. Klassikern måste just vara en sådan för att verkligen få effekt, eftersom tidsperioden är betydligt längre här till skillnad från generationernas låtval ovan.

Jag skulle kunna tänka mig, utan att ha något belegg för detta påstående, att det finns en stor del konsumenter som hör melodin och associerar till originalmelodin i sitt undermedvetna, vilket förstärker intrycket av reklamen. Det blir i det här fallet en omvänd association där konsumenten inte känner igen något av verken, men trots detta kan reklamarna förstärka intrycket av reklamen genom att den ursprungliga melodin spelas upp i diverse medier, vilket gör att konsumenten relaterar till produkten i den aktuella reklamen.

Vad är det i sound aliken som en annan näringsidkare vill åt? Ett känneteckens referens är alla varor eller det kommersiella ursprung som kännetecknet denoterar eller refererar till, och kännetecknets mening avser den kvalitativa uppfattningen, dess konnotationer, av kännetecknet hos omsättningskretsen.²⁷⁶

Genom att använda sig av sound alikes i reklam vill man antingen relatera till det originella verket direkt eller till upphovsmannen, i detta fall syftar jag på artisten som framför verket. När omsättningskretsen utsätts för reklamen refererar de till artistens och/eller ursprungsverkets mening. De får en referens till alla varor som kännetecknet skall individualisera och en kommersiell mening som omsättningskretsen förknippar med själva kännetecknet.

Mening är dock något vidare än renommé eller goodwill, eftersom den avser alla uppfattningar om kännetecknets kvaliteter och egenskaper.²⁷⁷

Kännetecknets mening kan vara av skilda slag. För att kännetecknet skall uppnå särskiljningsförmåga och överhuvudtaget skyddas just i egenskap av kännetecknet kan mening vara nödvändig. För det första, kan kännetecknets mening vara kännetecknets primärmening, d.v.s. vad ett visst ord refererar

²⁷⁶ Nordell, Per Jonas, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 109.

²⁷⁷ A.a., s. 157.

till som ord, och för det andra, kan man genom inarbetning erhålla mening, s.k. secondary meaning. Mening av dessa båda slag utgör eller tillskapar således i sig referens. Slutligen kan mening även avse kännetecknets egenvärde, renommé eller goodwill. Skyddet som ges för denna mening skyddar de investeringar som är gjorda i märket. Samtidigt utgör det ett skydd mot urvattning. Mening i vidare bemärkelse blir då den marknadsposition som kännetecknet får.²⁷⁸

Känneteckensrätten har skapat ett skydd för kännetecknens mervärde i form av investeringar genom ett skydd för otillbörligt utnyttjande av ett renommé, d.v.s. ett skydd för den mening som kännetecknet har förvärvat hos omsättningskretsen efter inarbetning.²⁷⁹ Det är denna mening som en snyltande näringsidkare vill åt. Han vill utnyttja de investeringar som den ursprungliga näringsidkaren har lagt ner i varumärket, i detta fall, sound aliken. Detta gör i sin tur att det goodwill som har byggts upp minskar.

Väl inarbetade kännetecken med högt goodwillvärde kan stå för enorma ekonomiska värden och ett känneteckens goodwillvärde är naturligtvis av avgörande betydelse för det intresse som kan finnas för konkurrerande näringsidkare att åberopa det. Då en näringsidkare obehörigen åberopar kännetecknet, sker en förmögenhetsöverföring. I europeisk praxis framstår det tydligt att mening i form av goodwill kan vara ett objekt för känneteckensrätten. Även skyddet mot urvattning avser på sätt och vis ett skydd för mening. Att ett kännetecken urvattnas innebär att det förlorar särskiljningsförmåga. Uppfattningen som omsättningskretsen har fått av kännetecknet börjar suddas ut i och med att det mer och mer börjar förknippas med annat.²⁸⁰

7.5 Upphovsmannens vilja

För att kränkning skall anses vara aktuell, måste likheten mellan verken i samhället inträffa i situationer när upphovsmannens kontroll över sina verk rubbas. Verken skall konkurrera på sådant sätt att konkurrensen verkligen stör den ursprungliga upphovsmannens möjligheter att utnyttja sina alster ekonomiskt eller att hans rykte kan bli kränkt. Detta är speciellt uppmärksammat i fall som rör populärmusik där båda verken riktar sig till samma publik och miljö.

I de fall som framför allt har behandlats i detta arbete har det rört sig om sound alikes som används i reklamsammanhang. Där har upphovsmannen till det nya verket fått i uppdrag att efterlikna det ursprungliga verket till den grad att det är på gränsen till inkräktande för att få samma målgrupp som lyssnar till det ursprungliga verket att relatera till just det när de tittar på reklamen med tillhörande sound alike.

²⁷⁸ A.a., s. 159.

²⁷⁹ A.a., s. 140.

²⁸⁰ A.a., s. 156.

Till skillnad från två verk inom populärmusiken vilka liknar varandra och har samma publik och miljö, handlar det här fortfarande om samma publik, men en annan sorts miljö och syfte. I det senare fallet är produkten som man gör reklam för den som utgör kärnan, vilket gör att sound aliken kommer i bakgrunden men samtidigt har syftet att locka samma målgrupp som till det ursprungliga verket.

För att få sammanhanget mellan sound alike i reklam och upphovsmannens vilja till det ursprungliga verket konstaterat, nämnes i förarbetena som exempel att ett verk som utnyttjas som varumärke eller eljest i reklam på ett sätt som är verket ovärdigt kan anses kränkande gentemot upphovsmannen.²⁸¹ Efter Auktorkommitténs uttalande på området kan slutsatsen dras att en upphovsman som har ”drabbats” av en sound alike i reklam kan göra gällande respektregeln i 3 § URL²⁸² om verket har används i reklamen på ett ovärdigt sätt. Hur man skall definiera termen ovärdigt i detta sammanhang har inte givits någon vägledning till i förarbetena.²⁸³

Om den ursprunglige upphovsmannen känner sig kränkt p.g.a. att en liknande version av hans verk spelas upp i syfte att locka hans publik till att köpa en produkt som varken han tjänar på rent ekonomiskt eller kan stå bakom och eventuellt svärtar ner hans renommé vad har han för förutsättningar att föra detta fall vidare och beaktar reklammakarna överhuvudtaget upphovsmannens vilja vid produktionen av reklaminslaget.

En jämförelse med kända konstverk skulle kunna vara aktuellt i detta fall, vilka även de används i reklam. Jag har genom praxis förstått att det skall röra sig om relativt grova fall för att kränkning skall föreligga. 1974 förekom ett rättsfall (NJA 1974 s. 94) där ett filmbolag använde en konstnärinnas nakna kvinnogestaltningar och beskar dem så att de skulle kunna passa in i en plansch med bl.a. samlagsbilder som sedan användes utanför en porrbio i Stockholm. Detta var kränkande enligt HD och innebar ett intrång i konstnärinnans ideella rätt. Ett litet mer bekant rättsfall är det s.k. Max Walter Svanberg-fallet (NJA 1979 s. 352). Konstnären hade gjort en bild som väldigt nära anslöt sig till ett av Svanbergs färglitografier. Litografen hade genom konstnären försetts med olika typer av påskrifter och tillägg vilket HD inte ansåg var kränkande och något skadestånd utgick därför inte.²⁸⁴

Följden av att användningen av en sound alike i reklam inte anses kränkande, blir för upphovsmannens del att meningsinnehållet för dennes originalverk urvattnas. Upphovsmannen får således svårt att använda sitt alster i framförallt reklam, men även i andra sammanhang, eftersom sound aliken kan ha sänkt hans renommé.

²⁸¹ Prop. Nr 17 år 1960 s. 64f.

²⁸² 3 § URL behandlas utförligt under avsnittet om ideell rätt.

²⁸³ Prop. Nr 17 år 1960 s. 64f.

²⁸⁴ Olsson, Henry, Copyright, s. 114.

Brilioth menar att det inte är fråga om den ursprunglige upphovsmannen har blivit kränkt, utan att kollisionen av de bägge upplevelserna inträffar på sådant sätt att de i den miljö där det skyddade verket normalt fungerar uppfattas som kränkande och störande upplevelsemöjligheterna av det skyddade verket.²⁸⁵

Om en analogi kan dras mellan sound alikefall och de ovan nämnda kränkningarna av upphovsmannens verk, finns det en chans till skadestånd. Gällandes sanktionerna kan skadestånd utgå när annan åtgärd än utnyttjande vidtagits, t.ex. kränkning av upphovsmannens ideella rättigheter, vilket innebär att en sound alike i en reklam som är tillräckligt lik ursprungsverket, vilket inverkar kränkande på upphovsmannen, skulle kunna få skadestånd. Åtgärden måste ha skett med uppsåt eller av oaktsamhet för att skadestånd skall tillämpas.

7.6 Sound alike i framtidens reklam

Det är väl relativt självklart att sound alikes kommer att existera så länge det produceras musik, men kan den fungera i andra medier förutom TV och radio? Enligt en undersökning från 2004 gjord av NORDICOM-Sveriges mediatjänst MedieSverige undersöker man tv-tittandet och Internetanvändningen per dag för både män och kvinnor i åldrarna 9–79 år. Tv-tittandet visar sig vara 85 % medan användningen av Internet är 35 %. Internetanvändningen kommer med all säkerhet att växa och det har allt fler reklambyråer förstått, vilket gör att de lägger en stor del av sina kunders budgetar där. Annonserarna gör reklam för sin produkt oftast i form av en s.k. banner eller popup. Bannern har i de flesta fallen en rektangulär form och är positionerad i någon av kanterna på sidan. Genom att klicka på bannern tar man sig vidare till produktens hemsida. Bannern innehåller oftast en s.k. flash animation, rörliga bilder, och ibland en längre reklam i form av en videosekvens, men detta kan fortfarande ta för lång tid att ladda upp för de flesta Internetanvändare, vilket innebär att reklamen blir verkningslös. En popup dyker upp på sidan i form av en bild med text som även den kan vara flash-animerad. Genom en klickning på popupen länkas man vidare till produktens hemsida.

Än så länge har jag ännu inte varit med om reklam på nätet som använder sig av sound alike eller melodislingor överhuvudtaget. Ljud är oftast borttaget från reklamen med tanke på att det i många avseenden stör användaren som i de flesta fallen letar efter information på sidan inte efter den reklam som visas. Enstaka ljud kan dock vara acceptabla, men inga längre slingor. Det finns dock exempel på sådana sidor där annonsören har lagt in en ”försida” med en sekvens av reklamen innan man får tillträde till sidan man söker, men detta har jag varit med om endast en gång (på DI:s hemsida) och möjligheten att avbryta reklamen finns alltid genom att trycka på en avbryta-knapp.

²⁸⁵ Brilioth, Erik-Gustaf, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, s 63.

Det är förmodligen en tidsfråga innan man börjar använda mer ljud till reklamsekvenser på Internet, eftersom jag tror att den yttersta anledningen till att man inte använder det är att uppladdningen av den aktuella sidan försinkas, vilket gör att producenterna väntar tills fler Internetanvändare får tillgång till snabbare uppkopplingar.

Mobiltelefoner har redan i sin befintliga teknik möjlighet att sända tv, radio och Internet. Att beställa ringsignaler är för tillfället väldigt populärt bland generation x och y. Detta innebär att marknaden för sound alikes öppnas även här, men i ett något annat syfte. Melodierna kan inte direkt användas som marknadsföringsinstrument för en produkt, men uppfyller syftet att försöka kringgå royalty och tillstånd till den ursprunglige upphovsmannen.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Bernitz, Ulf m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 8 uppl., Jure AB, 2004, Visby.

Bernitz, Ulf, Marknadsföringslagen, Juristförlaget, 1997, Stockholm.

Bjurström, Erling, Sälj det i toner – om musik i tv-reklam, Konsumentverket, 1993, Vällingby.

Brilioth, Erik-Gustav, Identitetsproblem i musikalisk upphovsrätt, NIR 1970 s. 37 ff.

Calissendorff, Kerstin, Verkshöjdsbegreppets tillämpning under senare tid i Sverige och från Gustaf Frödings brev till ”man känner sig som en ödla”, NIR 2001 s. 538.

Carlén-Wendels, Thomas, Upphovsrätt i reklam och media, 2 uppl., Studentlitteratur, 2005, Lund.

Christiansson, Johan och Gustavsson, Stefan, Omarbetningar och sampling, Juristförlaget, 1995, Stockholm.

Franzén, Peer, Effektiv reklam i TV, Internet och andra medier, IHM förlag AB, 1999, Göteborg.

Granmar, Claes, Varumärkesskydd, En handbok om varumärken och domännamn, Jure Förlag AB, 2003, Stockholm.

Gunnarsson, Per, Renommésnyltning och otillbörligt utnyttjande – utifrån ett näringsidkarperspektiv, Juristförlaget, 1992, Stockholm.

Hulgaard, Sophie, Ljudmärken och kravet på grafisk återgivning vid registrering av varumärken i ljuset av EG-domstolens praxis, NIR 2004 s. 169ff.

Jedbratt, Jörgen, Lindgren, Mats, Morgondagens reklammarknad – utmaningar för sändare, mottagare och medier, Konsultförlaget, 1999, Uppsala.

Jilmstad, Jenny, Immaterialrättsliga skadestånd – upphovsrätt, Jure Bokhandel, 1997, Stockholm.

Kaplan, Ann, Rocking around the clock: Musictelevision, postmodernism & consumer culture, Meuthen Inc., 1987, New York, NY, USA.

- Karnell, Gunnar, Digitalisering och upphovsrätt, Juristförlaget JF AB, 1993 Stockholm.
- Karnell, Gunnar, Europeisk originalitet – en upphovsrättslig chimär, NIR 1998 s. 157.
- Karnell, Gunnar, Om rättsligt skydd för melodier, NIR 1957 s. 159ff.
- Karnell, Gunnar, m.fl., Ton och rätt, festskrift till STIM, Iustus Förlag, 1998.
- Koktvedgaard, Mogens, Levin, Marianne, Lärobok i immaterialrätt, Norstedts Juridik AB, 8 uppl., 2004, Stockholm.
- Lennemark, Richard, Högsta domstolen tar sig ton rörande musikplagiat. Kommentar till NJA 2002 s. 178 (Drängarna), NIR 2002 s. 589.
- Levin, Marianne, Nästan allt kan vara ett varumärke, Brand News jubileumsnummer 1990-2000, 2001.
- Levin, Marianne, Bonnier, Susanne, Praktisk varumärkesrätt, Norstedts Juridik, 1998, Stockholm.
- Levin, Marianne, Suggestiv reklam – otillbörlig marknadsföring eller ett naturligt sätt att påverka konsumenten, Liberförlag, 1980, Stockholm.
- Levin, Marianne, Upphovsrättens gränssytor mot det industriella rättsskyddet och konkurrensrätten, NIR 2003 s. 325.
- Levin, Marianne, Wessman, Richard, Varumärkesrättens grunder, Norstedts Juridik AB, 1996, Stockholm.
- Ljungman, Seve, Strövtåg inom upphovsrätt och industriellt rättsskydd, Liber Förlag, 1981, Stockholm.
- Lunell, Erika, Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt – några kommentarer kring ”Sieckman-fallet”, NIR 2003 s. 124 ff.
- Löfgren, Christer, Ljud med ensamrätt, Brand News nr 04/02.
- Löfgren, Christer, Så ser ljudet ut, Brand News nr 10/03.
- Melin, Frans, Varumärket som strategiskt konkurrensmedel – Om konsten att bygga upp starka varumärken, Lund University Press, 1997, Lund.
- Nordell, Per Jonas, Delar och helhet – om skyddsomfång vid upphovsrättsligt skapande, särskilt med hänsyn till skapande av datorteknik, NIR 1991 s. 369.

Nordell, Per Jonas, Dubbelskapande i teori och praktik, NIR 1995 s. 630.

Nordell, Per Jonas, Marknadsrätten en introduktion, Norstedts Juridik, 2002, Stockholm.

Nordell, Per Jonas, Marknadsrättens goodwillskydd, MercurIUS Förlagsaktiebolag, 2003, Stockholm.

Nordell, Per Jonas, Upphovsrättsligt skydd för kännetecknen, NIR 2002 s. 103.

Nordell, Per Jonas, Varumärkesrättens skyddsobjekt – Om ordkännetecknets mening och referens, MercurIUS, 2004, Stockholm.

Olsson, Henry, Copyright, 6 uppl., Norstedts Juridik AB, 1998, Stockholm.

Rosén, Jan, Uppsatser i Medierätt, Juristförlaget JF AB, 1993, Stockholm.

Rosenmeier, Morten, Ophavsretlig beskyttelse af musikverker, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1996, Danmark.

Schierbeck, Peter, Verkshöjd inom musiken, Juristförlaget, 1989, Stockholm.

Schovsbo, Jens, Immaterialretlig status, NIR 2004 s. 309.

Schovsbo, Jens, ophavsret till varemaerker – hvorfor ikke?, NIR 2000 s.10.

Weincke, Willy, Bemaerkninger om ophavsretten till musikvaerker. NIR 1975 s. 409.

Internet

http://www.nordicom.gu.se/common/stat_xls/412_10510_Anvandning_av_medier_en_gnsn_dag_2004.xls

Offentligt tryck

Statens offentliga utredningar

SOU 1956:25

SOU 1983:65

SOU 1992:49

Propositioner

Prop. 1960:17.

Prop. nr 167 år 1960.

Prop. 1970:57.

Prop. 1992/93:75.

Prop 1994/95:123.

EU-rätt

Direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam.

Rättsfallsförteckning

NJA 2004 s. 149

NJA 2002 s. 178 (Drängarna)

NJA 1986 s. 702 (Demonstrationsmusik)

NJA 1990 s. 499

C-283/01 (Shield Mark)