



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Johan Dagergård

# Varumärkesskydd av färger i sig

- Värdefullt tillskott till immaterialrättsportföljen  
eller imagestärkande icke-skydd?

Examensarbete  
30 ECTS

Handledare  
Per Jonas Nordell

Immaterialrätt, Marknadsrätt

Vårterminen 2008

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>5</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Syfte och frågeställning	8
1.2 Disposition	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	9
<b>2 BAKGRUND</b>	<b>11</b>
2.1 Registrering av färgvarumärken	11
2.1.1 Färg som kännetecken	12
2.1.2 Grafisk återgivning	13
2.1.3 Särskiljningsförmåga	14
2.1.4 Färgkombinationer	17
2.2 Registreringens innebörd	17
2.2.1 Varumärkesdirektivet	18
2.3 Färg är speciellt	19
2.4 Deutsche Telekom ./ . Telia Sonera	20
<b>3 HÄNSYN TILL FÄRGER I FÖRVÄXLINGSBEDÖMNINGEN AV KONVENTIONELLA VARUMÄRKEN</b>	<b>22</b>
3.1 Förväxlingsbedömningen enligt EG-domstolen	22
3.2 Förväxlingsbedömningen enligt svensk rätt	24
3.3 Vilken plats har färger i bedömningen?	26
<b>4 VARUMÄRKESSKYDDET AV FÄRGER I SIG</b>	<b>31</b>
4.1 Upplevelse av färg	31
4.2 Angripa registreringen	33

4.2.1	Grafisk återgivning	34
4.2.2	Bristande särskiljningsförmåga	35
<b>4.3</b>	<b>Används den påstått intrångsgörande färgen som ursprungsangivelse?</b>	<b>39</b>
<b>4.4</b>	<b>Vad är förväxlingbara färger?</b>	<b>40</b>
<b>4.5</b>	<b>Frihållningshänsyn kontra ensamrätt</b>	<b>43</b>
<b>4.6</b>	<b>Hänsyn till omgivande kännetecken</b>	<b>44</b>
4.6.1	Förväxlingsbedömningen	44
4.6.2	Identitetsbedömningen	47
<b>4.7</b>	<b>Väl ansedda färgmärken</b>	<b>48</b>
<b>5</b>	<b>HÄNSYN TILL FÄRGER INOM MARKNADSRÄTTEN</b>	<b>50</b>
<b>5.1</b>	<b>Marknadsrättens syfte</b>	<b>50</b>
<b>5.2</b>	<b>Marknadsföringslagstiftningen</b>	<b>50</b>
5.2.1	Renommésnyltning	50
5.2.2	Vilseledande efterbildningar	51
5.2.3	Vilseledande om kommersiellt ursprung	51
<b>5.3</b>	<b>Färger i marknadsrättslig praxis</b>	<b>52</b>
<b>5.4</b>	<b>Vilken plats har färger?</b>	<b>54</b>
<b>6</b>	<b>SLUTSATSER</b>	<b>56</b>
<b>6.1</b>	<b>Jämförelse</b>	<b>56</b>
6.1.1	Förhållandet mellan förväxlings-bedömningen av konventionella varumärken och förväxlingsbedömningen av färger i sig	56
6.1.2	Förhållandet mellan varumärkesrätten och marknadsrätten	58
<b>6.2</b>	<b>Konsekvenser</b>	<b>62</b>
<b>7</b>	<b>ÄR VARUMÄRKESKYDD AV FÄRGER I SIG ETT VÄRDEFULLT TILLSKOTT TILL IMMATERIALRÄTTSPORTFÖLJEN ELLER ETT IMAGESTÄRKANDE ICKE-SKYDD?</b>	<b>64</b>
<b>BILAGA 1</b>		<b>65</b>
<b>BILAGA 2</b>		<b>66</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>		<b>67</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>		<b>69</b>

# Summary

Intellectual property law has developed into a vital factor in modern society. The increased commercialization has generated huge value in companies' distinguishing features and the consumers associations thereto. The protected sphere of trademark law includes signs such as words, designs and shapes. Companies constantly endeavour to further differentiate themselves, and thus generate even more value in their features. In an increasingly intensive commercial climate, it is important for companies to stand out and find new ways to the consciousness of the consumers. This ambition has created a need to register so called unconventional trademarks, such as e.g. colours, scents and sounds.

It is now apparent that single colours per se (i.e. abstract colours that in their shape and use are not limited to a specific product or logo) can be protected as trademarks. The conditions are that the colour is capable of being represented graphically and capable of distinguishing the applicant's goods or services from those of others. The fulfilling of these conditions is relatively difficult and hence the number of existing colour marks is limited. For those colours that do fulfil the conditions and obtain trademark protection, the issue remains of which scope, and thus which value, such marks possess.

With regard to colour protection, it is firstly interesting to examine which consideration that is already given to colours, when determining likelihood of confusion concerning conventional marks. Colours that are intended here are those that are surrounding for example a word mark. When determining likelihood of confusion, a global assessment shall be made, taking into account all factors relevant, e.g. similarities between the trade marks and between the goods or services covered, distinctiveness of the mark and the mark's recognition in the market. Traditionally, the Swedish way of determining likelihood of confusion is relatively static, with a dominating focus on the protected object, i.e. the trademark as an isolated item. However, the development is following the EC law towards a market based approach with greater consideration taken to the actual use of the marks, and how they are perceived by the public. In such an approach, colours that are surrounding the marks can to a greater extent be allowed into the question of likelihood of confusion.

Colours per se are characteristically different compared to conventional trademarks and in an infringement action, several issues emerge that are specific for colour protection. The perception of colour differs between various humans and depending on in which environment the colour is appearing, which in turn can affect the scope of protection for colour marks. Furthermore, giving regard to the difficulties in fulfilling the conditions for colour protection, there is certainly particular room to invalidate such trademark registrations. In addition to that, there are several different views in how to relate to important issues regarding the determination of likelihood of confusion: Is the colour claimed to be infringing even used as a sign of origin? Which colours should be deemed likely to confuse? How much con-

sideration should be taken to economic development and competition? Should other aspects, such as similarities of surrounding signs, be included in the determination, even though it is the colour per se that is trademarked? And if not, can the article concerning identical signs play a greater part regarding colour marks than regarding conventional marks? Can colours have a reputation and evoke the broader protection adhered to such marks?

To be able to assess the value and usefulness of trademarked colours, it is also relevant to describe the colour protection available within the field of market law. Colours have a central position when determining misleading confusion with a competitor, misleading regarding the commercial origin and unfair advantage of a competitor's reputation. When determining the occurrence of those legal bases, it is assessed whether the global impression is confusing respectively whether a reputation is alluded to. Just as in trademark law, the requirements for protection of a colour per se are extensive. Such a protection is not unobtainable, but in most cases it can be said that the colour has to appear in conjunction with something else, e.g. a word or a second colour.

If the determination of likelihood of confusion is based solely upon the colour per se, a sizable difference is appearing compared to the determination concerning conventional trademarks as well as market law. If the concept of confusion also is containing adjacent colour shades, colour trademarks appear as valuable. However, if the determination of likelihood of confusion is also including surrounding signs such as word- or design marks, the differences compared to the determination of conventional marks appear as relatively insignificant. Compared to market law, no significant differences appear either. To the contrary, in some cases market law can offer a more flexible protection, better adapted for the specific situation. Nevertheless, there are basic differences between trademark- and market law, with regard to time expense and available sanctions.

Finally, it can be said that numerous issues in connection to trademark protection of colours per se remain unresolved, and the proposed manners how to relate to those issues are of shifting character. The value of trademarked colours is to a great extent dependent on how these issues are resolved. If the protected colour is not looked upon alone, without regard to surrounding signs, and if the scope does not comprise also of adjacent colour shades, the scope of protection is relatively weak. The fact that a scope of protection that appear differently is weak, is emphasized by the findings that such protection, as far as Swedish law is concerned, already has its equivalence in market law and possibly also in trademark law. When infringement actions regarding colour marks appear more frequently and the consequences of such cases become clearer, and if the European Court of Justice possibly provides guidance, a more distinctive picture of the value of colour protection will emerge.

# Sammanfattning

Immaterialrätten får en alltmer betydande roll i det moderna samhället. Den ökade kommersialiseringen har skapat stora värden i företagens kännetecken och konsumenternas associationer därtill. Varumärkesrätten skyddar kännetecken som ord, figurer, former och utstyrselar. Företagen arbetar ständigt med att ytterligare profilera sig för att därmed skapa ännu större värden i sina kännetecken. I ett alltmer intensivt kommersbrus gäller det för företagen att sticka ut och att hitta nya vägar till konsumenternas medvetanden. Denna strävan har skapat ett behov av att kunna registrera så kallade okonventionella varumärken, såsom exempelvis färger, dofter och ljud.

Det står numera klart att enstaka färger i sig (d.v.s. abstrakta färger som i dess form och användning inte är begränsade till en specifik produkt eller logotyp) kan skyddas som varumärken. Förutsättningarna är att den aktuella färgen kan återges grafiskt samt kan fungera särskiljande. Uppfyllandet av dessa förutsättningar är relativt svårt och antalet existerande färgvarumärken är följaktligen begränsade. För de färger som uppfyller förutsättningarna och lyckas uppnå varumärkesskydd kvarstår dock frågan om vilken omfattning, och därmed vilket värde, ett sådant varumärke faktiskt innehar.

För skyddandet av färger är det intressant att först undersöka vilken hänsyn som redan tas till färger i förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken. Färger som åsyftas är sådana som fungerar som kringfakta, i omgivningen till exempelvis ett ordmärke. Vid förväxlingsbedömningen ska göras en helhetsbedömning av samtliga relevanta faktorer, exempelvis märkes- och varuslagslikhet, graden av särskiljningsförmåga och inarbetning. Traditionellt sett har den svenska förväxlingsbedömningen varit relativt statisk med dominerande fokus på skyddsobjektet, d.v.s. på själva varumärket isolerat. Utvecklingen följer dock Europarätten mot en mer marknadsanpassad och konkurrensrättsligt färgad bedömning där större hänsyn tas till märkenas faktiska användning och hur de uppfattas av konsumenterna i den praktiska verkligheten. I en sådan bedömning kan till märkena omgivande färganvändning få större utrymme för frågan om förväxlingsbarhet.

Enstaka färger skiljer sig i sin karaktär jämfört med konventionella varumärken och vid en intrångssituation uppstår därmed en rad för färgskyddet specifika frågor. Färguppfattning skiljer sig mellan olika individer och beroende på vilken miljö de figurerar i, vilket kan påverka färgskyddet. Med tanke på svårigheterna att uppfylla förutsättningarna för färgskydd kan dessutom finnas särskilt utrymme för att angripa varumärkesregistreringarna. Därutöver finns olika förhållningssätt att finna i för förväxlingsbedömningen viktiga frågor: Fungerar den påstått intrångsgörande färgen överhuvudtaget som ett kännetecken av konsumenterna? Vad är förväxlingsbara färger? Vilka konkurrenshänsyn ska iakttagas? Ska andra element, såsom likheter i logotyp eller namn tas med i helhetsbedömningen, även om det är färgen i sig själv som är registrerad? Och om inte, kan regeln om dubbel identitet spela en viktigare roll vid färgvarumärken än vid konventionella varumärken? Kan färger vara väl ansedda varumärken?

För att avgöra värdet och användbarheten av varumärkesskyddade färger är dessutom en redogörelse för färgskyddet inom marknadsrätten relevant. Färger har stor betydelse för frågan om vilseledande efterbildning, vilseledande om kommersiellt ursprung samt renommésnyltning. Vid bedömningen av om dessa rättsgrunder föreligger betraktas hurvida helhetsintrycket är förväxlingsbart respektive om anknytning till ett renommé är för handen. Precis som inom varumärkesrätten ställs stora krav för att en färg i sig ska anses skyddad inom marknadsrätten. Ett sådant skydd är inte omöjligt, men i de flesta fall kan sägas att färgen måste figurera i samband med någonting annat, exempelvis något textelement eller en sekundärfärg.

Baseras förväxlingsbedömningen av färger i sig enkom på färgen så framträder en stor skillnad gentemot både förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken samt mot marknadsrätten. Innefattar begreppet förväxling dessutom närliggande färgnyanser så framstår färgskyddet som värdefullt. Innefattar förväxlingsbedömningen av färger i sig emellertid även omgivande kännetecken som ord- eller figurmärken, så framstår skillnaderna gentemot bedömningen av konventionella varumärken som relativt liten. Inte heller gentemot marknadsrätten framstår i sådant fall några betydande skillnader, utan marknadsrätten kan i vissa fall snarare erbjuda ett friare och mer flexibelt skydd, bättre anpassat för den specifika situationen. Det existerar dock fortsättningsvis mellan varumärkes- och marknadsrätten grundläggande skillnader såsom tidsåtgång och sanktioner.

Avslutningsvis kan sägas att många frågor i anslutning till varumärkesskyddet av färger i sig är obesvarade och förhållningssätten gentemot dessa är av skiftande karaktär. Värdet av färgskyddet ligger till stor del i hur frågorna besvaras. Såvida inte den skyddade färgen betraktas ensamt, utan hänsyn till omgivande kännetecken, och skyddet även omfattar intilliggande nyanser, så är färgskyddet relativt svagt. Att skydd som ter sig på annat sätt än ovan sagda är att betrakta som svagt, understryks av att sådant färgskydd för svensk del till stor del redan har sin motsvarighet i marknadsrätten och möjligen också i varumärkesrätten. När processer rörande färgvarumärken blir vanligare och konsekvenserna av avgörandena tydligare, samt om EG-domstolen möjligen vägleder, så lär en mer distinkt bild av färgskyddets värde utkristalliseras.

# Förord

Jag har sparat författandet av förordet till sist. Därmed sätter jag punkt för min juristutbildning i samma ögonblick som jag sätter punkt för detta förord. Jag kommer säkerligen att ta i lite extra på tangentbordet i ren glädje, men det är ändå med blandade känslor som jag sätter denna högtidliga punkt på plats. Juristutbildningen har inneburit en fantastisk resa från Stockholm till Lund, via Boston och tillbaka till Stockholm. Jag är nu tillbaka där jag började, men på vägen har jag förvärvat kunskap, träffat fantastiska människor, upplevt otroliga saker och fått en hel massa nya perspektiv. Och kanske, kanske har jag blivit vuxen på riktigt. Det hoppas jag i alla fall, för nu beger jag mig ut i vuxenlivet!

Jag vill tacka min handledare Per Jonas Nordell för att han tagit sitt uppdrag på allvar. Det är för uppsatsen mycket värdefullt att Per Jonas har delat med sig av tid och kunskap och dessutom läst igenom uppsatsen på ett fantastiskt grundligt sätt. Tack också till Roschier Advokatbyrå där jag har författat denna uppsats. Ett särskilt tack till delägare Lars Johansson som bidragit med synpunkter och till biträdande jurist Sebastian Scheiman som varit behjälplig med frågor om processen mellan Deutsche Telekom och Telia. Stort tack även till min mor Ewa för värdefull hjälp med korrekturläsning. Alla fel och oklarheter i uppsatsen faller dock givetvis på författaren.

Vidare vill jag tacka mina närmaste Lundavänner – Per-Axel Frielingsdorf, Albert Wållgren, Klas Sjödin, Erik Pedersen, André Erixon, Anton Ek, Tullia Johansson, Niklas Nilsson och Anna Svensson för stor vänskap och stora upptåg.

Slutligen riktar jag ett stort tack till min mor, far och bror för gott stöd och kärlek. Hemmets trygga famn är det viktigaste en student kan ha.

Stockholm i maj 2008

*Johan Dagergård*



# Förkortningar

EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen (1995:450)
OHIM	Office for Harmonization in the Internal Market
PBR	Patentbesvärsrätten
RegR	Regeringsrätten
SOU	Statens offentliga utredningar
USPTO	United States Patent and Trademark Office
VMF	Varumärkesförordningen (EG) nr 40/94
VML	Varumärkeslagen (1960:644)

# 1 Inledning

Immaterialrätten får en alltmer betydande roll i det moderna samhället. Den ökade kommersialiseringen har skapat stora värden i företagens kännetecken och konsumenternas associationer därtill, och många företags största tillgång är just deras namn och välkända produkter. Denna utveckling vore omöjlig om inte immaterialrätten möjliggjorde ett skydd och en ensamrätt till exempelvis en logotyp eller ett företagsnamn.<sup>1</sup> För en fungerande marknadsstruktur krävs dock samtidigt en balans mellan nämnda ensamrätt och en sund konkurrens där det är fritt för envar att profilera sin verksamhet.<sup>2</sup>

Varumärkesrätten skyddar kännetecken som ord, figurer, former och utstyrslar. Företagen arbetar ständigt med att ytterligare profilera sig för att därmed skapa ännu större värden i sina kännetecken. I ett alltmer intensivt kommersbrus gäller det för företagen att sticka ut och att hitta nya vägar till konsumenternas medvetanden.<sup>3</sup> Denna strävan har skapat ett behov av att kunna registrera så kallade okonventionella varumärken, såsom exempelvis färger, dofter och ljud.<sup>4</sup>

Denna uppsats behandlar varumärkesskydd av enstaka färger i sig. Med detta menas abstrakta färger som i sig på olika sätt fungerar som kännetecken för ett företag. Att färgen är abstrakt innebär att dess form och användning inte är begränsad till en specifik produkt eller logotyp, utan innehavaren kan använda sin färg i olika former (att skilja från färgen på ett företags konkreta registrerade eller inarbetade varumärke).<sup>5</sup> Det är med andra ord endast färgen i sig som är skyddsobjekt, och inte kombinationen färg, logotyp och produkt (även om det vanligen är så den framstår mot konsumenten). Det kan exempelvis röra sig om en färg som alltid förekommer i anslutning till företagets produkter och i dess marknadsföring, och som därmed har blivit starkt förknippad med företagets namn. När det i uppsatsen fortsättningsvis talas om varumärkesskydd av färg i sig, är det mycket viktigt att ha denna definition klar för sig.

Färg spelar en vital roll i varumärkesbyggande eftersom det ofta fungerar som den utmärkande första kontakten i konsumentkommunikation.<sup>6</sup> Vid första anblick kan ett skydd av en färg i sig verka något absurt. Denna uppfattning visar sig vara utbredd vid en genomläsning av de kommentarer som gjorts på internet av vanliga lekmän, i anslutning till de tidningsartiklar som behandlar tvister av detta slag. Enligt dessa kommentatorer är lösningen enkel, det kan ju inte gå att få monopol på en färg och den

---

<sup>1</sup> Levin, Lärobok i immaterialrätt, s. 361.

<sup>2</sup> A.a. s. 33.

<sup>3</sup> A.a. s. 361.

<sup>4</sup> Lunell, Okonventionella varumärken, s. 15.

<sup>5</sup> Gilson & Gilson LaLonde, Cinnamon Buns, Marching Ducks and Cherry-Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks, *The Trademark Reporter* 1995, s. 777 och Lunell, s. 123 f.

<sup>6</sup> Gilson & Gilson LaLonde, *The Trademark Reporter* 1995, s. 777.

påstådda intrångsgöraren måste gå fri.<sup>7</sup> Juridik är dock sällan enkel, och så inte heller i detta fall.

## 1.1 Syfte och frågeställning

Det står numera klart att det, under vissa specifika förutsättningar, går att varumärkesregistrera en enstaka färg.<sup>8</sup> Omfattningen av skyddet för, och därmed möjligheten att vid ett intrång försvara, en sådan registrering är dock fortfarande oklar.<sup>9</sup> Ambitionen med denna uppsats är att bringa ökad klarhet i hur varumärkesskyddet av färger fungerar. Mer specifikt så är syftet med uppsatsen att genom en redogörelse för den problematik som omgärdar färgvarumärken, undersöka hur brett eller snävt skyddet av färger i sig kan tänkas vara i realiteten. En anslutande fråga är, hur mycket tillför skyddet av färger i sig jämfört med redan existerande möjligheter att skydda en färg. De redan existerande möjligheter som åsyftas är i anslutning till konventionella varumärken, samt inom marknadsrätten. Det är författarens uppfattning att just sådana jämförelser inte fullt ut behandlats i tidigare redogörelser för varumärkesskyddet av färger i sig. Med andra ord - är varumärkesregistreringen av en färg i sig ett värdefullt tillskott i immaterialrättsportföljen eller ett imagestärkande icke-skydd?

Skyddet för en enstaka färg i sig är svårbeskrivet, inte bara för att det i mångt och mycket blir en avvägning i det enskilda fallet, utan även för att det finns begränsat med vägledande rättsfall och analyserande doktrin i ämnet. Uppsatsen har därför inte ambitionen att ge ett definitivt och allmängiltigt svar på frågeställningen, utan den är avgränsad till att analysera förutsättningarna och bryta ner materialet till ett fåtal realistiska och rättsligt hållbara förhållningssätt.

## 1.2 Disposition

För att besvara frågeställningen är uppsatsen disponerad enligt följande. Uppsatsen inleds i kapitel 2 med en redogörelse för de relevanta rättsreglerna. Fokus ligger på de element som är särskilt kritiska för uppfyllandet av registreringsförutsättningarna vid färgskydd. Därefter behandlas varumärkesregistreringens innebörd, därtill en mer ingående beskrivning av den problematik som omgärdar färgskyddet och som föranleder uppsatsens frågeställning. Dessutom introduceras ett aktuellt intrångsmål som gäller just en enstaka färg, och som genom hela uppsatsen kommer att fungera exemp-

---

<sup>7</sup> Se exv. Solokow, Telejättar i strid om färg, tillgänglig på [http://www.e24.se/branscher/ittelekom/artikel\\_140509.e24?offset=3&maxcount=3#articlecomments](http://www.e24.se/branscher/ittelekom/artikel_140509.e24?offset=3&maxcount=3#articlecomments). Därutöver har även en frihetsrörelse startat i magentas namn. Se <http://www.freemagenta.nl>.

<sup>8</sup> Förutsättningarna för en sådan registrering beskrivs kortfattat i kapitel 2. För en mer omfattande beskrivning rekommenderas Erika Lunells doktorsavhandling Okonventionella varumärken.

<sup>9</sup> Schulze, Registering Colour Trademarks in the European Union, European Intellectual Property Review 2003, s. 55.

lifierande för de problem och poänger som förs fram. Med denna bakgrund som underlag övergår uppsatsen i en analyserande del, varpå frågan om färgskyddets egentliga innehåll utreds. Detta görs inledningsvis i tre steg (kapitel 3-5): genom en redogörelse för skyddet av färger i sig, samt för de hänsyn som på olika sätt redan tas till kännetecknande färger inom varumärkesrätten respektive marknadsrätten. Kapitel 6 analyserar därefter de slutsatser som kan dras av en jämförelse mellan de tre stegen, beträffande det reella innehållet i skyddet av enstaka färger i sig. Vidare diskuteras tänkbara konsekvenser av de dragna slutsatserna. Uppsatsen avrundas i kapitel 7 med några mer konkreta kommentarer kring svaret på frågeställningen.

## 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar omfattningen av det varumärkesrättsliga *skyddet av färgvarumärken* vid en intrångssituation. Den problematik som omgärdar förutsättningarna för *registrering* av dylika märken behandlas endast som en bakgrund till frågeställningen, men analyseras inte mer ingående än att brister i dem nämns som ett sätt att angripa ett färgvarumärke och därav utgör en del i analysen av skyddets omfattning. Vidare behandlar uppsatsen företrädesvis skyddet av enstaka färger. Skyddet av färgkombinationer berörs endast i anslutning till registreringsförutsättningarna. Dessutom, även om det varumärkesrättsliga skyddet av färger har många beröringspunkter med skyddet av andra så kallade okonventionella varumärken, berörs i uppsatsen enbart skyddet av just färger.

Rent geografiskt är uppsatsen skriven med utgångspunkt i den harmoniserade svenska rätten och svenska förhållanden. Immaterialrättens och marknadsrättens EG-harmonisering gör dock att hänsyn också är tagen till gemenskapsrättens rättsakter och praxis och de i uppsatsen aktuella svenska rättsreglerna har sina motsvarigheter i gemenskapsrättslig lagstiftning. Följaktligen kan de slutsatser som dras till stor del sägas äga giltighet även på gemenskapsrättslig nivå.

Uppsatsen förutsätter att läsaren har vissa grundläggande juridiska kunskaper inom immaterialrätt och EG-rätt. Uppsatsen förklarar exempelvis inte samtliga fundamentala varumärkesrättsliga regler. Inte heller, annat än undantagsvis, förklaras förhållandet mellan EG-rätt och svensk rätt eller innehållet i de EG-rättsliga regler som harmoniserar den europeiska varumärkesrätten.

## 1.4 Metod och material

Genom en traditionell rättsdogmatisk metod beskrivs, analyseras och tillämpas gällande rätt i förhållande till färgvarumärken. Uppsatsen går ut på att pröva hur omfattningen av skyddet för färgmärken med dess speciella förutsättningar ter sig under de gällande reglerna. Enär rättsläget är oklart så tar uppsatsen även till viss del formen av förutsägelse, men hållbarheten rent

rättsligt säkras av att förutsägelsen appliceras på det gällande ramverk av regler som gäller för varumärkesrätten i stort. De analyserande kapitlen består till stor del av författarens egna reflektioner, men det har varit angeläget att varje tes har sin utgångspunkt i redan existerande tankegångar hämtade ur lagstiftning, praxis eller doktrin.

Materialet som uppsatsen bygger på är till att börja med svensk lagstiftning och praxis. I den mån det existerar har även svensk doktrin beaktats. Dessutom bygger uppsatsen till stor del på EG-rättsligt material, såväl rättsfall och lagstiftning som doktrin. Med hänsyn till det knapphändiga utbudet av artiklar och rättsfall som behandlar just skyddet för färger i sig så har, i den analyserande delen, influenser hämtats från nationell praxis och doktrin i såväl Europa som USA. Att hämta sådana influenser torde inte innebära några problem eftersom USA är en varumärkesrättslig förebild och den Europeiska rättstillämpningen under den harmoniserade rätten bör vara relativt enhetlig. Dessutom är många av de frågor som tas upp rent principiella och av sådan karaktär att hänsynen som bör beaktas är globala. Vid användningen av utländska källor har lagts extra vinn om att källorna är respekterade och objektiva. Amerikanska källor och amerikansk rättspraxis är dock använda i syftet att exemplifiera och argumentera, och kan därför inte betraktas som svenska rättskällor.

## 2 Bakgrund

### 2.1 Registrering av färgvarumärken

En viktig anledning till den ovisshet som råder angående omfattningen av färgskyddet är att prejudicerande intrångsmål är fåtaliga.<sup>10</sup> Detta beror i sin tur på att möjligheten att varumärkesregistrera färger i sig har klargjorts relativt nyligen. Dessutom är en sådan registrering svår att erhålla och intresset är begränsat.<sup>11</sup> Enligt statistik från OHIM<sup>12</sup> har, sedan gemenskapsvarumärkets införande 1996 fram till utgången av 2007, 595 ansökningar inkommit gällande färgvarumärken, varav endast 114 har registrerats. För att sätta siffrorna i relation kan sägas att det totalt har ansökts om strax över 640 000 gemenskapsvarumärken, varav över 425 000 har registrerats. Färgvarumärken utgör alltså endast 0.03% av det totala antalet registrerade gemenskapsvarumärken varav enfärgsvarumärken är än mer sällsynta, även om någon exakt statistik inte finns tillgänglig.<sup>13</sup>

Möjligheten att registrera en enstaka färg som varumärke skiljer sig och har existerat olika länge i olika delar av världen och förutsättningarna för registrering varierar från land till land. I USA klargjordes relativt tidigt att färger kan varumärkesskyddas, men förutsättningarna för exempelvis återgivning av färgen skiljer sig jämfört med EU. Spanien har tvärtom tidigare haft ett uttryckligt hinder mot färgskydd.<sup>14</sup> Inom EU har antagandet av harmoniserande lagstiftning samt en rad nyligen avgjorda rättsfall lett till en mer homogen syn på färgvarumärken.<sup>15</sup>

Att en färg kan fungera som varumärke framgår inte uttryckligen av varumärkeslagen (1 §), och inte heller av varumärkesdirektivet (art.2) eller av varumärkesförordningen (art.4) vars lydelse motsvarar den svenska lagtexten. Den relevanta regleringen lyder:

*”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.”<sup>16</sup>*

---

<sup>10</sup> Schulze, European Intellectual Property Review 2003, s. 55 och Pearce, The Future's Bright, The Future's Easy Mobile, Trademark World 2004, s. 13.

<sup>11</sup> Schulze, European Intellectual Property Review 2003, s. 61.

<sup>12</sup> Den officiella EU-myndighet som sköter registrering och övriga förfaranden som rör gemenskapsvarumärken. Se <http://www.oami.europa.eu>.

<sup>13</sup> [http://oami.europa.eu/pdf/office/SSC009-Statistics\\_of\\_Community\\_Trade\\_Marks\\_2007.pdf](http://oami.europa.eu/pdf/office/SSC009-Statistics_of_Community_Trade_Marks_2007.pdf)

<sup>14</sup> Lunell, s. 127 f.

<sup>15</sup> Hiddleston, Trading on a Colour, IP Review 2005, s. 25.

<sup>16</sup> VML (1960:644), Varumärkesförordningen (EG) nr 40/94 och varumärkesdirektivet 89/104/EG.

I anslutning till EG-rättsakterna har uttalats att uppräkningsen endast är exemplifierande, menad att tolkas extensivt, och att enstaka färger kan varumärkesregistreras. Att färger kan varumärkesskyddas, under förutsättning att de fungerar särskiljande, har också framkommit i beslut från OHIM år 1998 samt i en dom från förstainstansrätten år 2002. Ett prejudicerande besked från EG-domstolen som grundligt lade ut förutsättningarna för färgskydd lät dock vänta på sig till år 2003, när det s.k. Libertel-avgörandet avgjordes.<sup>17</sup>

Avgörandet gällde Libertels nekade registrering av en orange färg som varumärke för varor och tjänster på telekommunikationsområdet.<sup>18</sup> Den Nederländska domstolen konstaterade visserligen att det i nationell rätt inte fanns något hinder mot att varumärkesregistrera färger i sig, men poängterade färgers svårigheter att fungera särskiljande, och domstolen nekade därför registrering. Beslutet överklagades och den Nederländska Högsta domstolen hänsköt ett antal frågor till EG-domstolen om särskiljningsförmåga i anslutning till enstaka färger. EG-domstolen tog tillfället i akt att klargöra även andra aspekter kring färgskydd och domslutet kretsade främst kring de för färger tre mest kritiska elementen för att överhuvudtaget fungera som varumärken i enlighet med den citerade bestämmelsen ovan, nämligen färgers förmåga att fungera som kännetecken, grafisk återgivning av detta kännetecken samt kännetecknets särskiljningsförmåga. Domslutet och dessa tre element avhandlas närmare nedan.

Även i Sverige har enstaka färger ansetts registrerbara. Detta framgår av förarbetena till varumärkeslagen, men har även klargjorts i ett rättsfall gällande skruvpluggar. I rättsfallet uttalades att registrering av färger i sig inte möter något principiellt hinder, men även här kretsade det negativa beskedet kring bristande särskiljningsförmåga.<sup>19</sup> År 2005 lyckades Löfbergs Lila visa att deras lila färg fungerade särskiljande och blev då den första varumärkesskyddade färgen i Sverige.<sup>20</sup>

## 2.1.1 Färg som kännetecken

Ett varumärke är ett kännetecken som en näringsidkare använder för att individualisera de varor och/eller tjänster som denne tillhandahåller från andra näringsidkares varor och/eller tjänster.<sup>21</sup> Tecknet fyller alltså en symbolfunktion för en viss näringsidkares varor. Att tecken som uttryckligen nämns i den citerade bestämmelsen ovan, exempelvis ord eller figurer, besitter symbolegenskaper framstår som relativt självklart. Att en viss färg i sig själv fyller samma för en vara eller tjänst kännetecknande funktion är inte lika givet. För många konsumenter framstår säkerligen färger som i första hand utsmyckande element. EG-domstolen konstaterade också i Libertel-

---

<sup>17</sup> Lunell, s. 124, Decision of the Third Board of Appeal of 12 February 1998, Case R 7/97-3 (Orange) och Förstainstansrätten den 9 oktober 2002, mål T 173/00 (KWS Saat).

<sup>18</sup> EG-domstolen den 6 maj 2003, mål C-104/01, Libertel.

<sup>19</sup> Lunell, s. 124 och 152, prop. 1992/93:48 s. 71, PBR den 27 juni 1997, mål nr 95-573 (Thorsman-pluggen) och RegR den 6 oktober 2000, mål nr 5006-5014-1997 (Thorsman-pluggen).

<sup>20</sup> PBR den 18 mars 2005, mål nr 03-088 (Löfbergs Lila).

<sup>21</sup> Bernitz m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, s. 170.

avgörandet att det inte går att utgå ifrån att en färg i sig utgör ett kännetecken eftersom färg är en vanlig egenskap hos saker utan någon specifik innebörd eller symbolik. Domstolen framhöll dock vidare att en färg kan utgöra ett kännetecken och att detta beror på i vilket sammanhang färgen används.<sup>22</sup>

## 2.1.2 Grafisk återgivning

Som framgår av den citerade bestämmelsen ovan så måste ett tecken, för att vara ett varumärke, kunna återges grafiskt. Vad som ska anses utgöra en grafisk återgivning klargjordes i Sieckmann-avgörandet, varvid domstolen uttalade:

*”(...) att det kan återges grafiskt, i synnerhet med hjälp av figurer, linjer eller bokstäver, varvid återgivningen skall vara klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv”.*<sup>23</sup>

Eftersom färger kan uppfattas visuellt (till skillnad från andra s.k. okonventionella varumärken som doft och ljud) har det stått klart att färger utan problem kan återges grafiskt i direkt form. Vid tiden före Libertel-avgörandet var den allmänna uppfattningen att ett färgprov var tillräckligt för att uppfylla Sieckmannkriterierna.<sup>24</sup> I Libertel-avgörandet meddelande dock domstolen att ett färgprov inte ensamt uppfyller kraven därför att ett sådant inte kan bevaras opåverkat av tiden och därmed inte är beständigt.<sup>25</sup>

Domstolen uttalade vidare att en verbal beskrivning av en färg inte nödvändigtvis uppfyller kraven men får bedömas från fall till fall. En sådan beskrivning i kombination med ett färgprov kan därför, i vissa fall, räcka.<sup>26</sup> Jämfört med den innan Libertel-avgörandet rådande uppfattningen innebar detta en uppluckring av möjligheten att använda verbala beskrivningar, något som väckte viss förvåning. Med beaktande av de oräkneliga antal färgnyanser som existerar har det dock ifrågasatts om en verbal beskrivning någonsin kan ange en specifik färg med sådan exakthet som krävs för att uppfylla kraven.<sup>27</sup>

Under alla omständigheter, konstaterade domstolen i Libertel-avgörandet, borde en färgbeskrivning genom en internationellt erkänd färgidentifieringskod, ensamt eller i kombination med någon av de övriga metoderna, vara tillräcklig för att uppfylla Sieckmann-kraven.<sup>28</sup> De färgidentifieringskoder som åsyftas är de som återfinns i färgidentifieringssystem som RAL, HKS och Pantone. Varje färgnyans återges där i form av en färgkarta där varje färg tilldelats ett nummer.<sup>29</sup>

---

<sup>22</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkt 27.

<sup>23</sup> EG-domstolen den 12 december 2002, mål C-273/00, Sieckmann, punkt 55.

<sup>24</sup> Lunell, s. 133.

<sup>25</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkterna 32-33.

<sup>26</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkterna 34-36.

<sup>27</sup> Lunell, s. 135.

<sup>28</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkterna 37-38.

<sup>29</sup> Lunell, s. 135.



### 2.1.3 Särskiljningsförmåga

Även om färger kan utgöra kännetecken krävs det, enligt den citerade bestämmelsen ovan, ytterligare att kännetecknet är ägnat just åt att särskilja en näringsidkares varor eller tjänster från andra näringsidkares. Kravet på särskiljningsförmågan kan ses som ett specialfall av varumärkets symbolfunktion som nämnts ovan, varvid kravet säkerställer att varumärket fungerar individualiserande för varumärkesinnehavarens varor eller tjänster. Dessutom ska kravet tillse att en enskild aktör inte kan erhålla ensamrätt till vanligt förekommande ord eller symboler och inte heller till kännetecken som är betecknande eller beskrivande för varan eller tjänsten.<sup>30</sup> Även i denna aspekt så intar färger en säregen ställning. För det första rent generellt för att färger i sig själva, som inte är begränsade till en specifik produkt eller logotyp, svårigen förmedlar exakta budskap om exempelvis en varas ursprung och därmed möjligen aldrig har särskiljningsförmåga. För det andra, även om färger generellt kan ha särskiljningsförmåga, i det enskilda fallet eftersom svårigheter att särskilja sig samt konkurrenshänsyn gör sig påmind i högre grad än vid exempelvis ord vars förråd av alternativ är närmast otömligt.

Kravet på särskiljningsförmåga framgår även av att det är en förutsättning för att ett varumärke kan registreras eller anses inarbetat och därmed uppnå varumärkesskydd (2 och 13 §§ VML). Huruvida kravet på särskiljningsförmåga är uppfyllt ska bedömas av en fingerad genomsnittskonsumert som är normalt informerad samt skäligen upplyst.<sup>31</sup> Särskiljningsförmåga behöver dock inte vara ursprunglig, utan kan förvärfvas genom inarbetning.<sup>32</sup> Detta innebär att företeelser som inte tidigare fungerat särskiljande, genom användning har fått en sådan överförd och välkänd betydelse att de därmed antas vara individualiserande för en speciell vara eller tjänst (s.k. secondary meaning). Sådan inarbetning uppnås när kännetecknet här i landet, och inom en betydande krets till vilket det riktar sig, är känt som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet.<sup>33</sup>

Påhittade ordmärken utan någon egentlig mening, eller ordmärken som inte har något beskrivande samband med dess varors användningsområde har ursprunglig särskiljningsförmåga och erbjuds ett brett skydd. Exempel på detta är Kodak som är ett påhittat ord, respektive Apple som inte ger någon association till elektronik.<sup>34</sup> Ordmärken som är deskriptiva för de varor som märket appliceras på, måste visa på förvärvad särskiljningsförmåga och det erhållna skyddet blir smalare. Ett exempel på detta är Karlsons klister som består av ett efternamn utan särskiljningsförmåga samt ett ord som är beskrivande för varan. Detta varumärke kunde registreras efter omfattande användning och inarbetning, men innehavaren har fortfarande ingen

---

<sup>30</sup> Levin, s. 398 ff.

<sup>31</sup> Levin, s. 398 och EG-domstolen den 16 juli 1998, mål C-210/96, Gut Springheide & Tusky.

<sup>32</sup> Levin s. 404. Jfr. 13 § 1 st. VML.

<sup>33</sup> Se PBR den 27 juni 1997, mål nr 95-573 (Thorsman-pluggen) jfr. 2 § och 13 § VML.

<sup>34</sup> Creating a Protectable and Marketable Trademark, <http://www.registeringatrademark.com/protectable-marketable-trademark.shtml>

ensamrätt till ordet klister utan endast till föreliggande kombination.<sup>35</sup> Återigen är det lämpligt att märka färgers speciella roll, eftersom de till sin karaktär torde ha svårare att besitta ursprunglig särskiljningsförmåga än exempelvis ett påhittat ord.

EG-domstolen uttalade sig i Libertel-avgörandet till en början mer generellt om möjligheten för färger i sig att överhuvudtaget fungera särskiljande. Avgörande för bedömningen var enligt domstolen huruvida färger i sig kan ha förmågan att förmedla exakta upplysningar, avseende exempelvis en varas ursprung. Domstolen besvarade frågan med att färger, även om de kan förmedla vissa idéassociationer och väcka känslor, till sin natur har en svag förmåga att förmedla exakta upplysningar. Trots detta, fortsatte domstolen, är det inte befogat att dra en principiell slutsats om att färger inte ska kunna anses ägnade att särskilja varor eller tjänster. Under vissa förhållanden kan en färg i sig nämligen utgöra en ursprungsangivelse, och det konstaterades därmed att färger i sig kan utgöra ett varumärke i enlighet med den citerade bestämmelsen.<sup>36</sup>

I Libertel-avgörandet gav domstolen även anvisningar om hur färgskyddets särskiljningsförmåga bör bedömas i det enskilda fallet. Domstolen påpekade att det antal färger som faktiskt är tillgängliga som tänkbara varumärken måste anses vara begränsat. Detta påpekande beror på att målgruppen, vars uppfattning ska vara utgångspunkt, inte kan särskilja ett stort antal färger, eftersom de sällan har tillfälle att direkt jämföra varor i olika färgnyanser. Att det med hjälp av teknik är möjligt att särskilja ett mycket stort antal färgnyanser saknar därför betydelse.<sup>37</sup>

Som ett resultat av det ovan sagda så redogjorde domstolen härefter för det allmänintresse som finns i att hålla vissa färger fria för envar i strävan efter sund konkurrens. Domstolen förklarade närmare att det, för att avgöra vilken särskiljningsförmåga en viss färg kan ha i egenskap av varumärke, är nödvändigt att beakta det allmänna intresset av att inte otillbörligen begränsa tillgången på färger för andra aktörer som utbjuder varor eller tjänster av samma slag som dem som registreringsansökan avser.<sup>38</sup>

I anslutning till detta uttalades att de registreringshinder som finns angivna i direktivet ska tolkas mot bakgrund av det allmänintresse som ligger bakom vart och ett av dem. Exempelvis syftar en av bestämmelserna till att frihålla tecken och upplysningar som beskriver egenskaper hos en vara eller tjänst, och en annan dem vars särdrag fyller en teknisk funktion.<sup>39</sup>

Dessutom påpekade domstolen att med beaktande av att antalet faktiskt tillgängliga färgmärken är begränsade, skulle endast ett litet antal varumärkesregistreringar för särskilda varor och tjänster kunna innebära att hela det tillgängliga färgspektrat uttömdes. Därutöver, om en ansökan om registrering av ett varumärke avser ett större antal varor eller tjänster, ska hänsyn tas till att den ensamrätt som varumärket eventuellt ger kan bli orim-

---

<sup>35</sup> Bernitz m.fl., s. 186.

<sup>36</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkterna 39-42.

<sup>37</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkt 45.

<sup>38</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkt 60.

<sup>39</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkterna 51-52.

lig i motsvarande grad och därmed strida mot bevarandet av ett system med en sund konkurrens.<sup>40</sup>

Angående färgers möjligheter att ha ursprunglig särskiljningsförmåga uttalade domstolen att allmänheten är van vid att omedelbart uppfatta ord- eller figurmärken som utmärkande kännetecken för varans ursprung. I nuvarande handelsbruk används i princip inte själva färgen som utmärkande kännetecken, och konsumenterna är inte vana vid att grunda antaganden om varors ursprung på varornas eller förpackningarnas färg. Färgen i sig, utan någon grafisk eller textmässig beståndsdel, saknar vanligen den inneboende förmågan att särskilja ett visst företags varor. Domstolen sammanfattade att särskiljningsförmåga före bruk därmed är tänkbar endast i undantagsfall, och särskilt när registrering av ett varumärke söks för ett mycket begränsat antal varor eller tjänster och den relevanta marknaden är mycket särpräglad. Domstolen påpekade dock vidare att färger kan förvärva särskiljningsförmåga genom inarbetning, under samma förutsättningar som andra typer av märken.<sup>41</sup> Med hänvisning till Chiemsee-avgörandet förklarade domstolen att den behöriga myndigheten, vid bedömningen av om särskiljningsförmåga förvärvats, ska göra en samlad bedömning av de uppgifter som kan visa att varumärket lämpar sig som identifikationsmedel för att fastställa att den aktuella varan har sitt ursprung i ett visst företag, och således att denna vara kan särskiljas från varor från andra företag. Om ett tecken i praktiken fungerar som kännetecken, så kan det i princip inte nekas registrering p.g.a. allmänintresset. En annan sak är att sådana tecken troligen har svårare att fungera särskiljande och därmed förvärva särskiljningsförmåga. Se mer om Chiemsee-avgörandet och inarbetning nedan under avsnitt 4.2.2.

Sammanfattningsvis kan konstateras att EG-domstolen lämnade relativt liten plats för färger i sig att fungera som varumärken, i synnerhet utan föregående inarbetning, men möjligheten är inte utesluten. Domstolen avvisar tankegången att det skulle finnas en skyddad sfär av märken som är för värdefulla för att någonsin kunna bli skyddade till förmån för en ensam varumärkeshavare. Istället visar rättsfallet att användning som resulterar i att ett annars oregistrerat tecken faktiskt uppfattas som en ursprungsangivelse, ska kunna premieras med en varumärkesregistrering.<sup>42</sup> Frågan är en svår balansgång mellan allmänintresset att faktiskt skydda särskiljande varumärken, vilket är kärnan i hela varumärkesrätten, och allmänintresset att hålla vissa kännetecken fria för envar att använda.<sup>43</sup> För att illustrera domstolens uttalanden ovan kan nämnas följande exempel på vad som torde innebära svårigheter att registrera: Färger, särskilt grundfärger, som är vanliga i en viss typ av bransch har svårigheter att fungera särskiljande och är av sådan typ att de bör frihållas i konkurrensens intresse, exempelvis gult för postverksamhet. Färger som symboliserar en varas doft, smak eller annan egenskap, exempelvis brun för choklad, anses vara deskriptiva. Likadant för mer suggestiva beskrivningar, exempelvis grönt som för associationerna till fräscht och friskt och därför nekats att registreras för tuggummin. Signalfär-

<sup>40</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkterna 54-56.

<sup>41</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkterna 65-67. Se förutsättningarna för inarbetning i varumärkesdirektivet artikel 3.1b och 3.3.

<sup>42</sup> Davis, *The Need to Leave Free for Others to Use and the Trade Mark Common*, s. 32.

<sup>43</sup> A.a. s. 42.

ger, exempelvis orange för flytvästar, är funktionella och lär även de vara svåra att registrera.<sup>44</sup> Störst utsikter att lyckas varumärkesregistrera färger bör den ha som väljer en ovanlig färg som ligger långt ifrån det naturliga färgområdet för ifrågavarande produkter.<sup>45</sup>

## 2.1.4 Färgkombinationer

I Heidelberger Bauchemie- avgörandet fick EG-domstolen anledning att på färgkombinationer applicera de i Libertel-avgörandet utarbetade principerna. Domen avkunnades drygt ett år efter Libertel-avgörandet och klargjorde att färgkombinationer är underkastade ytterligare registreringskrav jämfört med enskilda färger.<sup>46</sup>

Avgörandet gällde Heidelbergers tyska varumärkesregistrering i alla tänkbara former av färgerna gult och blått, återgivna genom en rektangulär ruta färgad i lika omfattning med de två färgerna, tillsammans med respektive färgs färgkod. Registreringen gällde för olika varor i byggbranschen. Domstolen uttalade, med hänvisning till Libertel-avgörandet, att färgkombinationer, precis som enstaka färger, kan utgöra varumärken under förutsättning att de utgör ett tecken, att tecknet kan återges grafiskt samt att tecknet är ägnat att särskilja ett företags varor och tjänster från andra företags. I samband med dessa tre förutsättningar återgav domstolen också de resonemang som den fört i samband med Libertel-avgörandet, angående färgers förmåga att fungera ursprungsbetecknande samt kraven på grafisk återgivning. Den stora skillnaden jämfört med enskilda färger, var att domstolen vid färgkombinationer ställde det ytterligare kravet att registreringsansökan skulle innefatta en systematisk sammansättning där de berörda färgerna är förenade på ett förutbestämt och varaktigt sätt.<sup>47</sup>

Domstolens poäng var att formuleringar, likt den i det aktuella fallet använda ”i alla tänkbara former”, ger sådana variationsmöjligheter att kraven på exakthet och varaktighet inte kan anses vara uppfyllda. Mer precist skulle möjligheten att variera de två färgernas användning fördärva färgernas symbolfunktion inför konsumenterna, samt omöjliggöra för registreringsmyndigheter och konkurrenter att avgöra omfattningen av skyddet. Det har ifrågasatts om dessa ytterligare krav inte föranleder slutsatsen att renodlat abstrakta färgkombinationer, dvs. helt utan begränsning i form och användning, inte kan registreras.<sup>48</sup>

## 2.2 Registreringens innebörd

En beviljad varumärkesregistrering ger en ensamrätt till det registrerade varumärket. Ensamrätten innebär att annan än innehavaren inte i sin näringsverksamhet får använda ett därmed *förväxlingsbart*, dvs. ett identiskt

---

<sup>44</sup> Lunell, s. 151 ff.

<sup>45</sup> Färg, doft och ljud – viktiga delar i varumärkesbyggande, Idévärlden nr 1 2003 (Kundtidning från Albihs), s. 3.

<sup>46</sup> EG-domstolens den 24 juni 2004, mål C-49/02, Heidelberg Bauchemie.

<sup>47</sup> Mål C-49/02, Heidelberg Bauchemie, punkt 33.

<sup>48</sup> Lunell, s. 137 och Schulze, s. 62.

eller liknande, kännetecken för sina varor (4 § VML, art. 5 varumärkesdirektivet och art. 9 VMF). Ensamrätten är alltså det som möjliggör för en varumärkesinnehavare att bygga upp goodwill i varumärket och därmed generera dess värde.<sup>49</sup> Användandet som åsyftas är bland annat anbringande av kännetecknet på varor eller dess förpackning eller i marknadsföring.

Vad som utgör intrång kretsar uppenbarligen kring termen förväxlingsbart. Förväxlingsbarhet är naturligen svårpreciserat och får bedömas från fall till fall. Någon generell definition finns inte uttryckt i lagtexten, men omfattande praxis har utformat vissa riktlinjer. Kortfattat innebär praxis att en helhetsbedömning ska göras, vari ingår samtliga moment såsom främst märkes- och varuslagslikhet, men även graden av särskiljningsförmåga, inarbetning, faktisk användning, köpekretsens sammansättning osv.<sup>50</sup> Mellan varuslags- och märkeslikhet finns en korrelation som innebär att stor likhet i det ena, kräver mindre likhet i det andra och tvärt om (den s.k. produktregeln).<sup>51</sup> Bedömningen ska göras utifrån perspektivet hos en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument.<sup>52</sup>

Märkeslikheten bedöms genom en jämförelse mellan de båda märkena, där vikt läggs vid synintrycket och hörselintrycket. Dessutom kan vikt läggas vid om de båda märkena har samma föreställningsbild, dvs. samma meningsinnehåll eller motiv.<sup>53</sup>

Bedömningen av varuslagslikheten innebär att kännetecken anses förväxlingsbara endast om de avser varor av samma eller liknande slag. Detta innebär inga problem i de grova fallen, men kan orsaka gränsdragningsproblem i vissa mindre självklara fall.<sup>54</sup> Väl ansedda varumärken kan dock få ett utökat skydd som gäller även utanför varuslaget, detta för att sådana märken kan inneha en skyddsvärd goodwill som urvattnas av förväxlingsbara kännetecken även utanför det aktuella varuslaget.<sup>55</sup>

## 2.2.1 Varumärkesdirektivet

Varumärkesdirektivet, som innehåller den EG-rättsliga motsvarigheten om ensamrättens innebörd (art. 5.1), ser i viss omfattning annorlunda ut än den svenska lagtexten. Varumärkesdirektivet innehåller nämligen en gradering av förväxlingsbarheten. Vid dubbel identitet, dvs. identitet mellan de båda aktuella varumärken samt mellan de aktuella varorna eller tjänsterna, så råder ett absolut skydd. Detta innebär att förväxlingsrisk presumeras och allmänhetens uppfattning om förväxlingsrisken behöver inte närmare bevisas. Dessutom presumeras att det intrångsgörande märket fungerar som ett kännetecken.<sup>56</sup> Varumärkesdirektivet säger därutöver explicit att i ordet

---

<sup>49</sup> Lunell, s. 251 f.

<sup>50</sup> Levin, s. 430 f.

<sup>51</sup> Levin, s. 431, EG-domstolen den 22 juni 1999, mål C-342/97, Lloyd och EG-domstolen den 29 september 1998, mål C-39/97, Canon.

<sup>52</sup> Lunell, s. 245, mål C-342/97, Lloyd och EG-domstolen den 11 september 1997, mål C-251/95, Puma.

<sup>53</sup> Levin, s. 435.

<sup>54</sup> Levin, s. 442.

<sup>55</sup> Levin, s. 444 f.

<sup>56</sup> Lunell, s. 245 ff.

förväxling inkluderas risken för association mellan det påstått intrångsgörande tecknet och varumärket.

Vid harmoniseringen av den svenska rätten ansågs inte att några sådana klargöranden behövdes därför att förväxling enligt svensk rätt tillämpats med viss bredd.<sup>57</sup> Det kan också ifrågasättas huruvida det egentligen är möjligt att fastställa en gräns mellan vad som är identiskt och vad som inte är tillräckligt identiskt och således kräver bevisning. Denna svårighet uppmärksammades i LTJ Diffusion-målet och domstolens uttalanden tyder på att regeln sällan lär bli tillämpbar utanför rena kopieringsfall, vari domstolen i vilket fall inte lär ställa särskilt höga krav på bevisning av förväxlingsrisken.<sup>58</sup>

## 2.3 Färg är speciellt

Abstrakta färger, utan begränsning i form eller användning till en specifik produkt eller logotyp, intar givetvis en särställning när det kommer till intrångssituationer. Libertel-avgörandet klargjorde visserligen registreringsförutsättningarna för färgvarumärken, men det framförs på flera håll i både svensk och internationell doktrin att själva omfattningen av ensamrätten för färgvarumärken förblir oklar.<sup>59</sup> Frågan är viktig för att kunna bedöma möjligheterna att försvara ett färgvarumärke i domstol och därmed kunna bedöma värdet av ett sådant märke.

Till skillnad från vid registreringen så rör det sig i en varumärkestvist om en specifik intrångssituation och två färger som står mot varandra. Det registrerade färgvarumärket framgår i varumärkesregistret oftast i form av en internationell färgidentifieringskod och vanligen tillsammans med en kvadratisk ruta i den aktuella färgen.<sup>60</sup> Ett påstått intrång i en färg i sig, registrerad i denna abstrakta och rena form, ställer givetvis frågan om skyddsomfattning på sin spets. För att konkretisera den problematik som omgärdar färgvarumärken och som föranleder uppsatsen frågeställning som tidigare redogjorts för, kan sägas följande. Ett märke kan ha ursprunglig eller förvärvad särskiljningsförmåga och vara registrerat, men detta är ingen garanti för att varumärket står starkt i en intrångstvist.<sup>61</sup> För det första, med hänsyn till de svårigheter som föreligger för att uppnå färgregistrering, kan tänkas att den påstådde intrångsgöraren genstämmer och därmed angriper själva registreringen på olika grunder. För det andra, även om registreringen står sig, krävs förväxlingsrisk i det enskilda fallet inför domstolen där, till skillnad från vid registreringen, en mer noggrann bedömning görs och där hän-

---

<sup>57</sup> Levin, s. 432 och SOU 2001:26 s, 264 f.

<sup>58</sup> EG-domstolen den 20 mars 2003, mål C-291/00, LTJ Diffusion.

<sup>59</sup> Se exempelvis: Gilson & Gilson LaLonde, *The Trademark Reporter* 1995, s. 776, Lunell, s. 243 ff., Pearce, *Trademark World* 2004, s. 13, Schulze, *European Intellectual Property Review* 2003, s. 55, Roth, *Something Old, Something New, Something Borrowed, Something Blue: A New Tradition in Nontraditional Trademark Registrations*, *Cardozo Law Review* 2005, s. 462.

<sup>60</sup> Se exempelvis gemenskapsvarumärke nummer 003793361, Mars UK.

<sup>61</sup> Gilson & Gilson LaLonde, *The Trademark Reporter* 1995, s. 776.

syn även kan tas till märkenas praktiska användning.<sup>62</sup> Frågor som lär komma upp är: Vad är egentligen en färg? Hur skiljer sig uppfattningen av färg beroende på vem som är iakttagare och beroende på var färgen används? Uppfattas den påstått intrångsgörande färgen överhuvudtaget som ett kännetecken av konsumenterna? Vad är förväxlingsbara färger? Krävs det att de två färgerna är av exakt samma färgkod eller räcker det att den påstådde intrångsgöraren använder sig av en färg i liknande nyans? Vilka konkurrenshänsyn ska iakttagas? Ska andra element, såsom likheter i logotyp eller namn tas med i helhetsbedömningen, även om det är färgen i sig själv som är registrerad? Och om inte, kan regeln om dubbel identitet spela en viktigare roll vid färgvarumärken än vid konventionella varumärken? Kan färger vara väl ansedda varumärken? Dessutom, när dessa frågor besvarats, hur skiljer sig de framkomna slutsatserna om skyddsomfånget jämförda med det skydd som redan existerar för färger inom varumärkes- och marknadsrätten. En utförlig analys av dessa spörsmål följer i kapitel 3-6.

## 2.4 Deutsche Telekom ./ . Telia Sonera

Deutsche Telekom är ett av världens största företag inom telekommunikation och informationsteknologi. Företaget tillhandahåller tjänster inom bland annat fast och mobil telefoni samt Internet. Deutsche Telekom beviljades år 2000 ett gemenskapsvarumärke för en nyans av färgen magenta inom bland annat varuklassen telekommunikation.<sup>63</sup> Färgen används av företaget på produkter, i marknadsföring och som en del av logotypen. Deutsche Telekom har investerat väsentligt i strävan att associera färgen magenta med företaget. Företaget har aktivt försvarat sitt gemenskapsvarumärke och har inlett ett flertal tvister runt om i Europa mot företag som anses göra varumärkesintrång genom användning av liknande färger.

I november 2007 inkom Deutsche Telekom med en stämningsansökan till Stockholms tingsrätt med Telia Sonera som motpart. Även Telia är verksamma inom telekommunikation och informationsteknologi, med fokus på fast och mobil kommunikation samt bredbandstjänster. Företaget har sin starkaste marknad i Norden och Baltikum, samt för mobil kommunikation även i Eurasien. Grunden för stämningen var att det tyska telekommunikationsföretaget ansåg att Telia gjorde intrång i företagets färgvarumärke. Telia använder liknande färger, bland annat i butiker, i marknadsföring och på sin logotyp (Telia använder i realiteten ett flertal olika färgnyanser där vissa mer än andra, bl.a. ett antal magenta-nyanser, är likartade med Deutsche Telekoms registrerade magentafärg) och Deutsche Telekom ansåg att det förelåg förväxlingsrisk mellan Telias magenta och färgvarumärket. Som bevis har det tyska bolaget bifogat återgivningar i olika sammanhang av färgen magenta så som den används av de respektive bolagen.<sup>64</sup> I uppsatsens Bilagor 1 och 2 finns avbildningar av de båda färgerna samt av hur de används i praktiken.

---

<sup>62</sup> Levin, s. 431.

<sup>63</sup> Se gemenskapsvarumärke nummer 212787.

<sup>64</sup> Stockholms tingsrätt mål T 22193-07.

Tvisten i Sverige är vid författandet av denna uppsats vilandeförklarad på grund av Telias ansökan till OHIM där det svenska företaget vill ogiltigförklara varumärket p.g.a. att någon internationell färgkod inte uppgivits vid registreringen<sup>65</sup> (se vidare om detta under avsnitt 4.2). Situationen som sådan är dock mycket intressant och aktualiserar de flesta av de frågor som uppkommer i anslutning till färgskyddets omfattning. Denna tvist kommer därför att fungera exemplifierande både för de problem och för de poänger som förs fram i den kommande analysen.

En process på samma grunder har tidigare initierats mot Telia i Danmark. Där sökte Deutsche Telekom till en början ett interimistiskt förbudsbeslut, vilket avvisades av Sö- og Handelsretten i Köpenhamn. Detta beslut har överklagats till högre instans. Deutsche Telekom har parallellt med överklagandet väckt en intrångstalan för att vinna tid ifall även överklagandet går företaget emot. Denna process kommer, precis som den svenska, eventuellt påverkas av OHIM:s beslut i invändningsförfarandet. I denna process har dock inlagor rörande den materiella intrångsfrågan ingivits, tillsammans med vissa rättsutlåtanden, och dessa kommer genom uppsatsen användas som exempel på vilka argument som kan föras fram vid en intrångsprocess gällande färgvarumärken.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Se cancellation application 000002180 C.

<sup>66</sup> Sö- og Handelsretten, sag V-0073-07.



### 3 Hänsyn till färger i förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken

Som redogjorts för ovan under avsnitt 2.2 ska domstolen i en intrångssituation göra en helhetsbedömning av förväxlingsrisken mellan de aktuella varumärkena. Eftersom kriterierna för förväxlingsbarhet inte är lagstadgade är, trots omfattande praxis, en viss skönsmässighet befogad.<sup>67</sup> För skyddandet av färger är det därför intressant att närmare undersöka vilket utrymme, om något, det redan finns för hänsynstagande till färger. Färgerna som åsyftas här är sådana som används i rollen som *kringfakta i samband* med varumärket, när domstolarna helhetsbedömer förväxlingsrisken av konventionella varumärken, dvs. traditionella varumärken såsom ord- eller figurmärken.

Till att börja med kan poängteras att färger *på* själva märket skyddas av varumärkesregistreringen och sådana färger berörs inte närmare i texten nedan. Sökanden kan vid registreringen välja att registrera märket i svartvit, varpå alla färger och färgsammansättningar ingår i skyddet. En angivelse av en specifik färg inskränker därför skyddsområdet, men kan i vissa fall vara nödvändigt för att registreringen ska beviljas.<sup>68</sup>

Även utstyrseln på en vara eller dess förpackning kan utgöra ett varumärke enligt lagtexten (1 § 2 st. VML), vilket precis som med andra varumärken innebär att andra inte får använda en förväxlingsbar utstyrsel. När det gäller utstyrselar så definieras dessa i förarbetena till varumärkeslagen som ”varans eller emballagets form, färg eller dekoration eller varans inpackningssätt”.<sup>69</sup> Varumärkesskyddet för en sådan varudekor är konkret så till vida att det är begränsat till den aktuella varans form.<sup>70</sup> Sådant skydd har på grund av sin begränsning inte någon plats i den fortsatta framställningen.

#### 3.1 Förväxlingsbedömningen enligt EG-domstolen

På gemenskapsrättslig nivå är det Lloyd-avgörandet<sup>71</sup> som främst stakat ut förutsättningarna för bedömningen av förväxlingsbarhet. Detta rättsfall sammanfattar tidigare praxis gällande förväxlingsbedömningen, såsom Puma-avgörandet och Canon-avgörandet.<sup>72</sup> Domstolen framhöll till att börja med den EG-rättsliga principen beträffande kompetensfördelningen i förhållande till den nationella domstolen, att EG-domstolen endast tillhandahåller

<sup>67</sup> Levin, s. 431 och Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 383.

<sup>68</sup> Levin, s. 440.

<sup>69</sup> SOU 1958:10 s. 94, s. 218 och s. 248.

<sup>70</sup> Lunell, s. 123 f.

<sup>71</sup> EG-domstolen den 22 juni 1999, mål C-342/97, Lloyd.

<sup>72</sup> EG-domstolen den 11 september 1997, mål C-251/95, Puma och EG-domstolen den 29 september 1998, mål C-39/97, Canon.

den generella tolkning som är nödvändig för att tvisten ska kunna avgöras av den nationella domstolen, och att det är upp till denna att i det enskilda fallet tillämpa reglerna så som de uttolkats av EG-domstolen.<sup>73</sup> Detta är ett viktigt påpekande, eftersom mönster i den praxis som rör själva tillämpandet av bedömningsprinciperna i de enskilda fallen, alltså står att finna i nationell och inte EG-rättslig praxis.

Lloyd-avgörandet rörde varumärkesintrång i ord- och figurmärke och den tyska domstolen ställde ett antal frågor för att få klarhet i förväxlingsbedömningen enligt EG-rätten. Frågorna rörde innebörden av varumärkesdirektivets ordalydelse om association, kriterierna för bedömningen av förväxlingsrisken samt betydelsen i bedömningen av ett varumärkes höga särskiljningsförmåga.

EG-domstolen började med att förklara att begreppet förväxling även omfattar förväxling i vidare mening (indirekt förväxling), dvs. att det kan föreligga en risk för förväxling även om allmänheten förstår att varorna kommer från olika företag, men tror att det finns ett ekonomiskt samband mellan företagen.<sup>74</sup> Användandet av lydelsen association syftar med andra ord till att precisera räckvidden av vad som är förväxling och är inte ett alternativ som kan tillämpas om det inte föreligger risk för förväxling hos allmänheten. Risk för förväxling anses därmed kunna föreligga om det finns risk för att allmänheten kan tro att de ifrågavarande varorna eller tjänsterna kommer från *samma* företag eller från företag med *ekonomiska band*.<sup>75</sup>

EG-domstolen förklarade vidare att samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet ska ingå i helhetsbedömningen av huruvida det hos allmänheten föreligger en risk för förväxling. Särskilt nämndes i hur hög grad märket är känt på marknaden samt den association som det använda eller registrerade märket framkallar. I samband med detta betonade domstolen även produktregeln, d.v.s. det korrelerande samspel mellan varuslags- och märkeslikhet som berörts ovan under avsnitt 2.2.<sup>76</sup>

Vad gäller de aktuella varumärkenas likhet i bild, ljud eller ord fastslog domstolen att helhetsbedömningen av risken för förväxling ska grunda sig på det helhetsintryck som varumärkena åstadkommer, i synnerhet med hänsyn till deras särskiljande och mest framträdande beståndsdelar. Det intryck som varumärket gör hos genomsnittskonsumenten av den kategori av vara/tjänst som är aktuell har avgörande betydelse vid helhetsbedömningen av risken för förväxling. Genomsnittskonsumenten ägnar sig vanligen inte åt att undersöka ett varumärkes olika detaljer, utan ser ett varumärke som en helhet. I samband med helhetsbedömningen ska hänsyn även tas till det faktum att genomsnittskonsumenten sällan har möjlighet att direkt jämföra de olika varumärkena utan måste förlita sig på en oklar minnesbild (principen om den bleknande minnesbilden). Det bör även tas hänsyn till att konsumentens uppmärksamhet varierar beroende på vilken kategori av varor/tjänster det är fråga om.<sup>77</sup>

---

<sup>73</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkt 11.

<sup>74</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkt 17 och Mål C-39/97, Canon, punkt 29.

<sup>75</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkt 17 och mål C-251/95, Puma, punkt 18.

<sup>76</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkterna 18-19 och mål C-251/95, Puma, punkt 22.

<sup>77</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkterna 25-26.

Domstolen uttalade härefter att risken för förväxling är större ju högre ett varumärkes särskiljningsförmåga visar sig vara. Således åtnjuter varumärken med hög särskiljningsförmåga ett mer omfattande skydd än de med lägre. Risk för förväxling kan med andra ord föreligga trots en lägre grad av likhet mellan varumärkena, under förutsättning att varorna/tjänsterna liknar varandra i hög utsträckning och det äldre märket har hög särskiljningsförmåga.<sup>78</sup> Omvänt så kan förväxlingsrisk föreligga i fall där varumärkena, trots att varorna eller tjänsterna som de täcker innehar en lägre grad av likhet, i hög grad liknar varandra och det äldre varumärket har en hög särskiljningsförmåga, särskilt om det är mycket känt.<sup>79</sup>

Ett märkes särskiljningsförmåga ska fastställas genom en helhetsbedömning där hänsyn ska tas bland annat till varumärkets inneboende egenskaper, inbegripet huruvida det saknar deskriptiva element om de varor/tjänster för vilket det har registrerats. Vidare beaktas varumärkets marknadsandel, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område märket har brukats, hur stora investeringar som gjorts för att saluföra det, den andel av omsättningskretsen som tack vare varumärket kan ange att varan kommer från ett visst företag samt yttranden från handelskammaren etc. Av helhetsbedömningen följer att det inte är möjligt att generellt uppge exempelvis en viss procentsats av omsättningskretsen som ska känna till varumärket, och som när den uppnåtts per automatik innebär hög särskiljningsförmåga.<sup>80</sup>

## 3.2 Förväxlingsbedömningen enligt svensk rätt

I Sverige har, genom förarbeten, praxis och doktrin, bedömningen av förväxlingsbarhet definierats som att alla föreliggande omständigheter som inverkar på frågan om förväxlingsbarhet ska beaktas. Särskilt har nämnts märkes- och varuslagslikhet, graden av särskiljningsförmåga, inarbetning, faktisk användning, köpekretsens sammansättning osv.<sup>81</sup> Som berörts ovan under avsnitt 2.2.1 saknar den svenska lagtexten en motsvarighet till varumärkesdirektivet beträffande att förväxling även innefattar risken för association.<sup>82</sup> Förväxlingsbedömningen enligt svensk rätt anses emellertid överensstämma med de kriterier som utformats i varumärkesdirektivet och av EG-domstolen.<sup>83</sup> Det är likväl viktigt att särskilt poängtera att även svensk rätt innebär att kriteriet förväxlingsrisk innefattar förväxling i vidare mening, d.v.s. att även *risken* för att användningen av ett tecken leder till uppfattningen att det finns ett samband mellan två varukännetecken, medför

---

<sup>78</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkterna 20- 21.

<sup>79</sup> Mål C-39/97, Canon, punkt 19.

<sup>80</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkt 24.

<sup>81</sup> NJA II 1960 s. 227, NJA 2003 s. 163 och Levin, s. 430.

<sup>82</sup> Redan i SOU 1958:10 s. 253 nämndes dock en bild av en tupp och ordet ”tuppen” som exempel på vad som skulle kunna utgöra en förväxlingsbar föreställningsbild.

<sup>83</sup> SOU 2001:26 s. 265.

förväxlingsrisk (s.k. ursprungsförväxling).<sup>84</sup> Ett sådant förtydligande ingår också i Varumärkeskommitténs förslag till ny varumärkeslag.<sup>85</sup>

Som poängterats ovan ankommer det på de nationella domstolarna att avgöra tvister i de enskilda fallen och att däri tillämpa de generella bedömningsprinciperna utformade av EG-domstolen. Nedan följer därför ett antal exemplifierande rättsfall som belyser hur färg i rollen som kringfakta i svensk praxis spelat en roll som en del av helhetsbedömningen av konventionella varumärken.

I Galliano-avgörandet gällde frågan förväxlingsbarhet mellan varumärkesregistreringarna Galliano och Gaetano, varav det första var en likör och det senare ett likörextrakt.<sup>86</sup> Högsta domstolen gjorde en helhetsbedömning enligt ovan, och ansåg att varorna var av liknande slag och att namnen för svenska öron hade viss likhet. Avgörande var dock hur varumärkenas faktiska användning yttrade sig. Domstolen jämförde bland annat flaskornas och etiketternas utformning. Konklusionen löd visserligen att det inte förelåg förväxlingsbarhet, men ur färgsynpunkt bör betonas ett par intressanta aspekter. För det första vilken stor vikt Högsta domstolen rent generellt lade vid varumärkenas användning i praktiken. För det andra, mer specifikt, att domstolen vid jämförelsen mellan etiketterna uttryckligen beaktar färgsättningen av dem.<sup>87</sup> Hade flaskornas utformning i större utsträckning liknat varandra, kan tänkas att etiketternas färgsättning varit avgörande för om förväxlingsbarhet förelegat. Varumärkena uppfattas säkerligen annorlunda av genomsnittskonsumerten i den faktiska verkligheten om etiketterna, som i detta fall, är i liknande färg än om de är i helt skilda färger. Domstolen konstaterade till exempel att namnligheten och etiketternas färgsättning möjligen påverkade konsumenternas val och därmed var ett utnyttjande av Gallianos renommé. Sådant kan dock förekomma utan att nödvändigtvis innebära förväxlingsrisk, och skillnaden i distributionssätt gentemot konsumenterna gjorde i detta fall att denna risk uteblev.

Två andra avgöranden ur svensk praxis som är värda att nämna är Volvo-avgörandet<sup>88</sup> och Netscape-avgörandet<sup>89</sup>. Dessa rättsfall rörde åberopandet av annans varumärke, vilket under vissa förutsättningar är tillåtet. Frågan gällde huruvida åberopandet i dessa fall rättsvidrigt gav intryck av ett kommersiellt samband med det åberopade varumärket och därmed utgjorde varumärkesintrång. I båda fallen tog domstolarna hänsyn till färger omkring och i samband med själva varumärket (bakgrundsfärg respektive skyltfärg) när de betraktade märkena i konsumenternas perspektiv. Just dessa rättsfall berör visserligen inte några regelrätta förväxlingsbedömningar, men som påpekas nedan under avsnitt 3.3 kan rättsfallen ändå vara relevanta för vad som anses vara förväxlingsbart.

---

<sup>84</sup> Wessman, Varumärkeskonflikter, s. 25 och SOU 2001:26 s. 259.

<sup>85</sup> Wessman, s. 25 och SOU 2001:26 s. 51.

<sup>86</sup> NJA 1995 s. 635. Talan avsåg beslut om interimistiskt förbud.

<sup>87</sup> De lägre instanserna resonerar om etiketterna som utstyrselmärken, men Högsta domstolen gjorde ingen närmare utredning av huruvida etiketterna var självständiga varumärken, utan verkar se dem som en del av den ”faktiska användningen” av ordmärket.

<sup>88</sup> NJA 1998 s. 474.

<sup>89</sup> NJA 1998 s. 179. Talan avsåg interimistiskt beslut om förbud.

### 3.3 Vilken plats har färger i bedömningen?

Vilka konklusioner kan då dras angående profilerande färgers plats i den traditionella förväxlingsbedömningen av konventionella märken? Prövas färger som fungerar som *kringfakta* i samband med konventionella varumärken mot de i Lloyd-avgörandet utstakade kriterierna för förväxling, blir frågorna följande: Kan sådan färg vara ett relevant och självständigt moment i den större helhetsbedömningen av de aktuella varumärkena som *direkt* bidrar till förväxling? Dessutom, kan sådan färg få relevans på ett lägre stadium och bidra till höjd särskiljningsförmåga hos varumärket som färgen figurerar kring, och därmed *indirekt* öka förväxlingsrisken? (i och med att varumärkets särskiljningsförmåga är ett moment i den större helhetsbedömningen). Det är dock viktigt att poängtera att vid varumärkesrättens förväxlingsbedömning så är det varumärkena i sig, i rollen som skyddsobjekt, som ska jämföras och kringfakta som exempelvis färger innefattas som regel inte enligt gällande rätt.<sup>90</sup> Följande text är därför närmast en redogörelse för det utrymme som finns för en kursförändrande utveckling.

I avgörandet nämns uppenbarligen inte omgivande färger uttryckligen. Rättsfallet lämnar dock stort utrymme för flexibilitet genom formuleringar som exempelvis att:

*”samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet skall ingå i helhetsbedömningen av förväxlingsrisken, särskilt i vilken grad märket är känt på marknaden samt vilka associationer det använda eller registrerade märket framkallar”.*<sup>91</sup>

Vad som ska anses vara relevanta faktorer exemplifieras visserligen av domstolen, men uttrycket ”särskilt” tyder på att uppräkningsen inte är uttömmande. Den europeiska rätten har också en erkänt marknadsorienterad och flexibel syn på varumärken och det skydd de förtjänar.<sup>92</sup> Färger som fungerar som kringfakta i samband med ett varumärke är därmed inte uttryckligen uteslutna från vad som kan anses vara relevanta faktorer i helhetsbedömningen. Angående förväxlingsrisken nämner Lloyd-avgörandet vidare att det har avgörande betydelse vilket helhetsintryck märkena gör hos genomsnittskonsumenten. I samband med detta påpekade domstolen att genomsnittskonsumenten vanligen inte undersöker varumärkenas detaljer utan betraktar de olika delarna av varumärkena som en helhet. Dessutom poängterades principen om den bleknande minnesbilden, vilken innebär att konsumenterna sällan har möjlighet att direkt jämföra de olika märkena, utan får förlita sig till en oklar minnesbild.<sup>93</sup> Dessa specifika påpekanden om hänsyn till konsumenternas uppfattning av hur märkena framstår i sitt totala sammanhang i den praktiska verkligheten, talar inte heller dem emot att hänsyn

<sup>90</sup> Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 564.

<sup>91</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkt 18, med hänvisning till Mål C-251/95, Puma, punkt 22.

<sup>92</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 388.

<sup>93</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkterna 25-26.

kan tas till färger som fungerar som kringfakta till konventionella varumärken, även om sådana färger inte direkt är den del av själva märket.

Sammanfattningsvis kan inte uteslutas att färger, som fungerar som kringfakta i samband med ett varumärke och som samspelar med varumärket i skapandet av en helhetlig bild kan, om denna helhet efterliknas, bidra till ökad förväxlingsrisk av varumärkena som de används i praktiken och därmed vara relevanta som moment i helhetsbedömningen.

Vad angår särskiljningsförmågan uttalade domstolen att hög sådan hos ett varumärke ökar risken för förväxling. Även här ska göras en helhetsbedömning och formuleringen ”hänsyn skall tas till bland annat (...)”<sup>94</sup> utvisar att domstolen precis som vid förväxlingsbedömningen öppnar för viss flexibilitet, och inte uttryckligen avvisar kringfakta som en del av den helhet som kan öka särskiljningsförmågan hos ett varumärke. Tvärtom torde en profilerande färg, som i praktiken används som kringfakta till varumärket, kunna spela en avgörande roll för att omsättningskretsen *uppfattar* själva varumärket och därmed, tack vare varumärket, kan avgöra en viss varas ursprung. Detta är en bedömningsgrund som enligt domstolen ska beaktas vid fastställandet av ett varumärkes särskiljningsförmåga och färgen kan därmed bidra till ökad distinktivitet.<sup>95</sup>

I Sverige nämns inte heller färg i den standardformulering som i praxis och doktrin brukar beskriva hur helhetsbedömningen av förväxlingsrisken bör genomföras. Dessutom står Galliano-avgörandet relativt ensamt vad gäller synliga spår av färghänsyn i förväxlingspraxis. Förväxlingsbedömningen i Sverige är traditionellt sett relativt statisk, varmed avses att varumärkena betraktats som isolerade objekt och liten hänsyn har tagits till hur de faktiskt används och uppfattas i verkligheten. En tänkbar förklaring till detta är att svenska domstolar syftar till att upprätthålla en effektiv balans på den svenska marknaden, i kontrast med den harmoniserade rätten som ytterst syftar till att säkerställa den EG-rättsliga principen om fria varurörelser över nationsgränserna. Utvecklingen inom EG-rätten har dock bidragit till att den svenska förväxlingsbedömningen närmat sig ett mer marknadsorienterat förhållningssätt<sup>96</sup> och det utrymme för ytterligare flexibilitet som finns i Lloyd-avgörandet finns naturligen också i svensk rätt. Att varumärkesdirektivet även uttryckligen väger in associationsrisk bör exempelvis leda till att den varumärkesrättsliga och den marknadsrättsliga förväxlingsbedömningen närmar sig varandra<sup>97</sup> (se vidare om marknadsrätt nedan under kapitel 5). I doktrinen bekräftas också att en mängd andra faktorer än bara likheten mellan kännetecknen och varuslagen bör beaktas i förväxlingsbedömningen, och det förespråkas att bedömningen ska vara flexibel och differentieras efter den enskilda situationen. En mer konkurrensrättsligt färgad bedömning föreslås där stor hänsyn tas till hur kännetecknen, som ju vid en intrångstvist samexisterar på marknaden, faktiskt upplevs av omsättningskretsen. Vid den judiciella bedömningen av förväxlingsrisk finns det anledning att ta hänsyn till mer specifika fakta. Exempel på detta är hur kännetecknen i det enskilda fallet varit anbragt på den aktuella varan, hur de

<sup>94</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkterna 22-23.

<sup>95</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkt 23.

<sup>96</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 388 och 556.

<sup>97</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillskydd, s. 129.

förekommit i marknadsföring och vilka marknadsföringskanaler som använts. Det påpekas särskilt att detta är någonting annat än den traditionellt sett statiska förväxlingsbedömningen.<sup>98</sup> Sammantaget kräver en sådan här utveckling att domaren, som har båda märkena framför sig och som dessutom vet att de härrör från olika företag, sätter sig in i köparens situation. Märkena ska jämföras så som de ses under de verkliga förhållandena på marknaden.<sup>99</sup>

Volvo-avgörandet och Netscape-avgörandet rörde inte reella förväxlingsbedömningar, utan förväxling i samband med återopande av annans varumärke. Rättsfallen kan emellertid fungera som exempel på vilka hänsyn domstolarna kan ta när de bedömer risken för att varumärkesanvändning kan ge uppfattningen om kommersiellt samband, vilket som redogjorts för ovan innebär förväxlingsrisk i vidare mening. I rättsfallen synes färg i hög grad rätteligen ha påverkat bedömningen. Samma iögonfallande färg, även om den endast figurerar som kringfakta i samband med två varumärken, torde vara en i hög grad bidragande faktor i fastställandet av huruvida konsumenter i den praktiska verkligheten uppfattar ett kommersiellt samband mellan två liknande varumärken. Dessutom kan rättsfallen mer generellt spegla hur domstolarna betraktar varumärkens faktiska användning och hur de uppfattas ur konsumenternas perspektiv.

Vissa slutsatser kan dras av det ovan sagda. Till att börja med bör poängteras att färg i sig själv *ingalunda* skyddas genom en registrering av ett konventionellt varumärke och en efterföljande helhetsbedömning av förväxlingsrisken. Saken gäller snarare färger som figurerar i samband med ett konventionellt varumärke, varpå det krävs att märkesinnehavarens och den påstådde intrångsgörarens varumärken uppvisar stor likhet för att färgen överhuvudtaget ska få relevans som en del av helheten. Det är exempelvis inte troligt att Deutsche Telekom skulle ha något att hämta mot Telia i ett intrångsmål på den grunden att deras konventionella varumärken i samband med magentafärgerna är förväxlingsbara. För detta är deras konventionella varumärken alldeles för olika. Även för exemplet med Telia och Deutsche Telekom, och för det fall att färger i rollen som kringfakta inte kan anses ha *någon* plats i förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken, har den ovanstående genomgången emellertid stor betydelse för förståelsen av skyddet av *färger i sig*. Hur stor hänsyn till helhetsbilden (d.v.s. färgen tillsammans med omgivande kännetecken) som egentligen tas vid förväxlingsbedömningen av färger i sig, och hur mycket bedömningen därmed närmar sig denna klassiska förväxlingsbedömning, blir nämligen avgörande för hur stort och värdefullt skydd som en färg i sig egentligen innebär. Detta berörs närmare under avsnitt 4.6.

Vidare, i fall där de konventionella varumärkena faktisk liknar varandra och där en förväxlingsbedömning företas, kan endast undantagsvis skönjas hänsyn tagna till färger som fungerar som kringfakta i nära samband med det konventionella märket. Utvecklingen mot en mer marknadsrättslig bedömning med större fokus på märkenas faktiska användning i praktiken och konsumenternas uppfattning därav, kan emellertid sätta kraftigare spår i framtida praxis och som belysts ovan så utesluter inte Lloyd-avgörandet en

<sup>98</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 556.

<sup>99</sup> Wessman, s. 26.

sådan utveckling. Eventuell betydelse av liknande varumärkens kringfakta, såsom exempelvis omgivande färger, vid bedömningen av huruvida dessa märken är förväxlingsbara bör därför inte uteslutas. I doktrinen finns också tecken på att en sådan utveckling inte är borträknad.<sup>100</sup> Det ska emellertid återigen poängteras att detta är en tänkbar *utveckling* av förväxlingsbedömningen och samma utrymme finns sannolikt inte enligt gällande rättsläge.

Omgivande färgers betydelse i förväxlingsbedömningen skulle komma till uttryck genom att två varumärken med större sannolikhet skulle anses förväxlingsbara, om det påstått intrångsgörande märket figurerar i samband med samma färg som innehavarens. Mer konkret innebär det att ett företags profilfärg faktiskt innehar ett visst skydd när de två förevarande konventionella varumärkena är liknande. Detta följer av att användningen av färgen resulterar i förväxlingsbarhet, medan detta möjligen inte skulle vara fallet utan samma färganvändning. Det står också i överensstämmelse med principen om att varumärkena ska ses i dess totala sammanhang. En intensiv färgsättning omkring varumärket kan, om den efterliknas, medföra att skyddsomfånget utvidgas och att helheten är förväxlingsbar. Samtidigt kan färgsättningen, om den inte efterliknas, medföra att skyddsomfånget begränsas och att varumärkena i dess helhet inte är förväxlingsbara.<sup>101</sup>

Det bör dock noteras att det sannolikt skulle ställas ganska höga krav för att sådana färghänsyn skulle tas, exempelvis mycket iögonfallande och konsekvent användning av färg som uppfattas av konsumenterna. Det torde närmast krävas att färgen som kringfakta skapar en sådan helhet tillsammans med varumärket att färgen nästan blir en del av märket, och därmed en del av det som symboliserar ursprunget av en vara eller tjänst. Det är ju trots allt så att endast ursprungsbetecknande moment skyddas av varumärkesrätten och färganvändning som inte ligger nära de kraven är sannolikt för långt från traditionella känneteckensfakta för att vara skyddsbar. När färger som kringfakta är del av en större helhet, torde det dock inte krävas samma utpräglade ursprungsbetecknande funktion som för färger som fungerar som varumärken i sig (jfr redogörelsen ovan under avsnitt 2.1.3). Vidare är det viktigt att ha i åtanke att färghänsyn bara skulle vara en av flera faktorer i en helhetsbedömning. Det är givetvis så att andra faktorer i helhetsbedömningen, såsom köpekretsens utformning och kunskap eller otillräcklig inarbetning av helheten, kan reducera relevansen av färger i samband med varumärket. Det bör också observeras att rättssäkerhetsskäl talar emot en sådan här ordning. Vid avgörandet av ett varumärkes omfattning skulle fokus nämligen behöva läggas på hur varumärkena faktiskt används, vilket skulle försvåra för både myndigheter, konkurrenter och varumärkesinnehavarna själva att på förhand avgöra skyddsomfånget. Svårigheter med rättssäkerheten och förutsebarheten aktualiseras dock även vid varumärkesskydd av färger i sig (se nedan avsnitt 4.4), men detta har inte hindrat en realisering av sådant skydd. Dessutom kan jämförelser göras med inarbetade varumär-

---

<sup>100</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 564. Genom formuleringen ”Sådana har hittills som regel, inte kunnat få adekvat skydd enligt känneteckensrätten” kan tolkas att Nordell anser att utvecklingen inte är fullbordad.

<sup>101</sup> Wessman, s. 27.



ken, vars skyddsvärdhet i slutänden också är beroende av hur de använts och hur välkända de är.<sup>102</sup>

Avslutningsvis kan följande exempel anföras för att öka förståelsen för hur färg som kringfakta till ett konventionellt varumärke kan tänkas få konkret betydelse i förväxlingsbedömningen. Aftonbladets sportbilaga Sportbladet som etablerades år 2000, har sedan starten starkt profilerat sig genom sin rosa färg. Tidningen är tryckt på rosa papper, på deras webbplats är bakgrunden rosa och i all marknadsföring förekommer den rosa färgen. Logotypen är dock färgad i Aftonbladets klassiska svartgula färger. Sportbladet är ett registrerat ordvarumärke.<sup>103</sup> Frågan är vad Sportbladets rosa profilering har för inflytande på vad som anses vara förväxlingsbar likhet. Det kan nämligen tänkas att Sportbladet, genom denna starka profilering i den faktiska användningen av märket, "blivit" rosa. Detta innebär att konkurrerande varumärken som liknar Sportbladets, löper större risk att anses vara förväxlingsbara om de i sin faktiska användning förekommer i liknande rosa samband, än om de istället figurerar i samband med någon annan färg. Färgen i samband med varumärkets faktiska användning blir med andra ord en viktig faktor i den större helhetsbedömningen av risken för förväxling. Detta förefaller naturligt eftersom genomsnittskonsumenten genom en snabb blick i den praktiska verkligheten sannolikt lättare förväxlar märkena om de figurerar i samband med samma profilmfärg.

Särskiljningsförmågan hos ett varumärke ingår som ett moment i helhetsbedömningen, och hög sådan ökar risken för förväxling. Faktorer som påverkar ett märkes särskiljningsförmåga kan därmed få indirekt betydelse för förväxlingen, även om samma faktorer inte direkt innefattas i helhetsbedömningen. Det kan därför också tänkas att Sportbladet genom det omfattande användandet av sin rosa profilering höjer sitt varumärkes särskiljningsförmåga just i det rosa sambandet. Följaktligen skulle särskiljningsförmågan vara lägre i andra färger, och förväxlingsrisken mindre om konkurrenten istället för rosa använder en annan färg i samband med sitt varumärke. Resonemanget kan jämföras med den neutralisering som uttryckts av Marknadsdomstolen inom marknadsrätten. I den marknadsrättsliga bedömningen av helhetsintrycket beaktas förekomsten av åtgärder som kan anses motverka ett i annat fall vilseledande intryck. Sådan neutraliserande effekt har uppnåtts om slutsatsen av bedömningen blir att risken för vilseledande typiskt sett kan anses ha undanröjts. Marknadsdomstolen har i anslutning därtill meddelat att omständigheterna i det enskilda fallet till stor del blir avgörande för bedömningsutfallet.<sup>104</sup>

---

<sup>102</sup> Levin, s. 386 f.

<sup>103</sup> Se varumärke nummer 387933.

<sup>104</sup> MD 2003:13.

## 4 Varumärkesskyddet av färger i sig

För att närmare kunna jämföra skyddet av färger i sig med de färghänsyn som redan tas i varumärkes- samt marknadsrätten, krävs att de obesvarade frågor beträffande skyddet av färger i sig som tidigare redogjorts för (se ovan under avsnitt 2.3) analyseras. Hur ett varumärke i form av en abstrakt färg behandlas i en förväxlingsbedömning och vilka problem och svagheter som i övrigt sammanhänger med användningen av sådana märken, har också avgörande betydelse för storleken av märkets skyddsomfång och för dess användbarhet.

### 4.1 Upplevelse av färg

En intressant fråga i anslutning till färgvarumärken är vad en färg egentligen är och hur den uppfattas av skilda människor. Färg som upplevelseform hör till psykologin och färg i egentlig mening finns endast i människors huvuden. Färg och ljus är människans upplevelse av strålning som når näthinnan. I näthinnan återfinns stavar och tappar som är känselkroppar. Stavarna kräver mindre ljus och gör att vi ser i mörker samt uppfattar ljuset som grått eller vitt. Tapparna kräver mer ljus och med dessa uppfattar vi färg. Det som människan uppfattar som färg är elektromagnetisk strålning inom området 400-700 nanometer.<sup>105</sup>

Vad beträffar den enskilde individen så påverkar en rad faktorer färgupplevelsens associationer. Exempel på sådana faktorer är kön, ålder, bakgrund, kulturtillhörighet och personlighet. Dessutom tillkommer mer situationsspecifika faktorer såsom sinnesstämning, trötthet, sjukdom och liknande. Listan på påverkande betingelser kan göras mycket lång.<sup>106</sup> Några av faktorerna kommenteras mer specifikt i det följande.

Mellan könen har inte iakttagits några skillnader i rena perceptionsförsök, dvs. i hur de båda könen *ser* färger. Däremot har märkts skillnader i de båda könen *inställning* till färger. Det har visat sig att kvinnor i större utsträckning än män lägger märke till färger i omgivningen och medvetet noterar dem.<sup>107</sup>

Kulturella skillnader har också iakttagits i olika försök. Vissa färger sågs på olika sätt av människor med olika nationaliteter eller bakgrunder (exempelvis nordeuropéer och sydeuropéer eller svenskar och amerikaner) och de gjorde skilda associationer. Vissa blå nyansområden associerades till exempel av greker med sommar och av svenskar med vinter.<sup>108</sup>

På ett icke individbaserat plan kan sägas att människor generellt reagerar olika beroende på färgers totala omgivande miljö, såsom exempelvis

---

<sup>105</sup> Hård m.fl., *Upplevelse av färg och färgsatt miljö*, s. 166.

<sup>106</sup> A.a. s. 33 f. och s. 41.

<sup>107</sup> A.a. s. 54

<sup>108</sup> A.a. s. 68

bakgrundsfärg och bakgrundsmiljö, yta, föremål, medium, avstånd och belysning. Även här kan listan göras lång.<sup>109</sup> Nedan följer en utförligare beskrivning av hur dessa faktorer påverkar uppfattningen av färg.

Färg och ljus är vår upplevelse av strålning som når ögats näthinna. Att vi ser färger på föremål beror på att ytor har olika förmåga att reflektera och absorbera ljusstrålningen av olika våglängder, varpå den strålning som når vårt öga från ett visst föremål beror på belysningens spektrala sammansättning tillsammans med ytans reflektionsförmåga. Det anses allmänt att belysningen har störst betydelse för färgförändringar hos föremål. Belysningens styrka och riktning har relevans, men störst roll spelar belysningens spektrala fördelning.<sup>110</sup> Den spektrala fördelningen hos ljuset skiljer sig i hög grad mellan olika tider på dagen, mellan årstider och mellan olika artificiella ljuskällor. Skulle det finnas ett avgörande och direkt samband mellan ljusstrålningen som når vårt öga och de färger vi upplever så skulle föremål förändra färg till oigenkännlighet. Så är alltså inte fallet. Istället anpassar sig vårt färgseende till de ändrade förhållandena, och skillnaderna blir inte fullt så stora. Icke desto mindre kan dessa förändringar ha stor betydelse för vår upplevelse av färg. De flesta människor har erfarit situationer där färgupplevelsen skiftat beroende på i vilket ljus den iakttas. Den kan vara färgen på ett plagg som i butiken framstår på ett sätt, men som uppfattas annorlunda i ljuset hemma. Den kan också vara målarfärgen som uppfattas annorlunda vid tillfället för färgval jämfört med hur den framstår i ett annat ljus i det färdigmålade rummet.<sup>111</sup>

Även ytstorleken har stor betydelse för upplevda färgförändringar. En utbredd uppfattning är att färg blir mycket starkare vid en jämförelse mellan ett färgprov och exempelvis färgen applicerad på en stor husfasad. Detta beror dock troligen inte endast på storleken i sig, utan även på att fasaden framstår i ett annat ljus samt mot annan bakgrund.<sup>112</sup>

Att just omgivningen och bakgrunden av en färg har avgörande betydelse för uppfattningen av densamma är väl känt. Inom färgforskningen omnämns fenomenet simultankontrast. Detta brukar illustreras genom att ett plant färgprov placeras direkt på två olikfärgade bakgrunder, varpå färgprovet upplevs klart annorlunda från en bakgrund till en annan. Exempelvis upplevs en yta som mörkare om den betraktas mot en ljus bakgrund jämfört med om den betraktas mot en mörk bakgrund.<sup>113</sup>

Oavsett att färguppfattningen skiljer sig, så finns en symbolik hos många färger som de flesta refererar och förhåller sig till på samma eller liknande sätt. Färgsymbolik är extra intressant eftersom varumärken är just symboler. Exempel på färgsymbolik är vit som en symbol för makt eller renhet och ädelhet. Vidare kan röd symbolisera glädje och kraft medan grönt kan ge intryck av vila och passivitet.<sup>114</sup>

---

<sup>109</sup> A.a. s. 33 f. och s. 41.

<sup>110</sup> Spektralfördelningen är elektromagnetiska strålningsenergis fördelning över spektrums våglängder. Ljusenergis fördelning erhålles genom att väga den fysiska spektralfördelningen mot ögats ljuskänslighetsfunktion. A.a. s. 174.

<sup>111</sup> A.a. s. 83 ff.

<sup>112</sup> A.a. s. 97 f.

<sup>113</sup> A.a. s. 102 f.

<sup>114</sup> Nilson, Färglära, s. 69 ff.

Att uppfattningen skiljer sig beroende på vem som betraktar och var detta sker gäller visserligen för alla varumärken, men kanske än mer för färg. Med beaktande av att färguppfattning skiljer sig beroende på ovanstående faktorer, går det verkligen att säga att en färg i sig är en avgränsad och specifik företeelse även om den definieras genom en internationell färgkod? Att betraktandet av färg skiljer sig så mellan olika individer är en så intressant aspekt av färgskyddet och dess omgärdande problematik att den här har förlänats ett eget avsnitt. Skillnaden mellan människors färguppfattning kan dock få betydelse på en rad områden, varpå denna aspekt är viktig att hålla i åtanke i redogörelsen nedan. Betydelsen kan yttra sig bl.a. i förväxlingsbedömningen av färger i sig, eftersom det faktiskt ska avgöras om två färger är förväxlingsbara (se nedan under avsnitt 4.4 och 4.5). Resultatet av en sådan bedömning måste naturligen skilja sig storligen beroende på vem som betraktar färgen, samt när och hur den betraktas. Det kan tänkas att ett sådant problem kompenseras genom större hänsyn till helheten (se nedan under avsnitt 4.6.1). Dessutom får frågan betydelse i bedömningen av om en färg uppfattas som ursprungs-beteckning (se nedan under avsnitt 4.3), samt i vilken grad en färg anses inarbetad (se nedan under avsnitt 4.2.2 och 4.6.1). Färgsymbolik och färgers referens kan få betydelse vid bedömningen av om en färg har ursprunglig särskiljningsförmåga (se nedan under avsnitt 4.2.2) och huruvida en färg uppfattas som en ursprungs-beteckning (se nedan under avsnitt 4.3).

## 4.2 Angripa registreringen

Med beaktande av färgers speciella karaktär och av de svårigheter som föreligger för att uppfylla registreringsförutsättningarna för varumärkesskydd av färger i sig, kan tänkas att påstådda intrångsgörare genom genstämning eller genom ansökan till OHIM söker att ogiltigförklara registreringen av innehavarens varumärke (25 § VML och art. 51, 52 och 96 VMF). En sådan ansökan är precis vad Telia gjort i anslutning till processen mot Deutsche Telekom, eftersom Telia ansåg att Deutsche Telekoms registrering inte uppfyllde registreringsförutsättningarna. Ett sådant här agerande liknar patentprocessen där påstådda intrångsgörare som regel söker ogiltigförklara patentet genom genstämning.<sup>115</sup> Sådana angrepp är inte lika vanliga i varumärkesrätten eftersom exempelvis ett figur- eller ordmärke vanligen utan problem uppfyller alla registreringsförutsättningar och det finns sällan några utsikter att lyckas ogiltigförklara registreringen. Varumärkesregistreringar av färger i sig ställer andra krav på exempelvis visad särskiljningsförmåga och grafisk återgivning, varför en sådan registrering inte står lika säker. Detta är en svaghet jämfört med konventionella varumärken. Det kan alltså innebära en viss risk att försvara sitt varumärke genom att föra talan om intrång av den orsaken att detta kan väcka konkurrenternas lust att initiera ett ogiltigförfarande. Yrkandet om ogiltigförklarande kan grundas på ett flertal omständigheter.

---

<sup>115</sup> Levin, s. 327.

## 4.2.1 Grafisk återgivning

Först och främst, precis som skett mellan Deutsche Telekom och Telia, kan registreringen angripas p.g.a. att de krav på grafisk återgivning som uppställdes i Libertel-avgörandet inte efterlevts. Det är oklart hur vanliga sådan brister är men de torde inte uteslutas bland registreringar som, precis som Deutsche Telekoms, gjordes innan Libertel-avgörandet klargjorde förutsättningarna. Viktigt att notera är att det i anslutning till detta har hävdats att Libertel-avgörandet inte tillförde några nya krav, utan att rättsfallet snarare är ett klargörande av rättsläget så som det såg ut redan tidigare. Därmed skulle även registreringar som genomförts innan Libertel-avgörandet beröras.<sup>116</sup> Yrkandet på ogiltighet grundar sig, i enlighet med Libertel-avgörandet, på att färgprovet inte är beständigt och inte heller precis eller klart, eftersom det framstår olika beroende på var och hur det iakttas. Inte heller kombinerat med den verbala beskrivningen *magenta*, vilket kan åsyfta olika nyanser, anses att Deutsche Telekoms registrering uppfyller kraven i Libertel-avgörandet. Deutsche Telekom har efter Telias invändning sökt *komplettera* sin registrering genom angivandet av en färgkod. Telia har dock emotsatt sig detta och anfört att kompletteringen i själva verket är en förbjuden *ändring* av registreringen. Huruvida saken rör en komplettering eller ändring är i skrivande stund oklart.<sup>117</sup> Skulle förfarandet ses som en komplettering så kommer tvisten i den materiella frågan antagligen fortlöpa på det nationella planet. Skulle förfarandet istället ses som en förbjuden ändring, så är Deutsche Telekom tvungna att på nytt ansöka om en varumärkesregistrering av deras färg. Risker är i sådant fall stor att någon konkurrent med liknande färgsättning skulle motsätta sig registreringen, antingen på den grunden att konkurrenten numera har hunnit inarbeta ett nationellt varumärke i form av den färgen<sup>118</sup> eller på den grunden att Deutsche Telekoms färgmärke saknar särskiljningsförmåga (se mer om detta nedan under avsnitt 4.2.2). Denna risk kan framstå som obefintlig med tanke på Deutsche Telekoms omfattande inarbetning av färgen, men argument finns (se även här nedan under avsnitt 4.2.2) för att kraven på den geografiska spridningen av inarbetningen är så stora att även Deutsche Telekom löper sådan risk. I vilket fall så aktualiseras risken i alla fall för mindre aktörer vars färg inte är inarbetad i samma utsträckning. Även om Deutsche Telekoms åtgärd till slut ses som en komplettering så finns i alla fall *risken* att situationen kan resultera i att företaget plötsligt står utan färgvarumärke. Detta är onekligen skäl att överväga ett tillbakadragande i pågående tvister eller att inte ge sig in i potentiella tvister. Mer generellt är samma problematik och överväganden aktuella, som påpekats ovan kanske till och med i högre utsträckning, även för andra företag som, likt Deutsche Telekom, inte uppfyllt kraven i Liber-

<sup>116</sup> Putz-Poulalion, O2 gives Deutsche Telekom Magenta Blues, tillgänglig på <http://servicemarks.blogspot.com> och Kurs rättsutlåtande i anslutning till den Danska tvisten Deutsche Telekom / . Telia Sonera (Sö- og Handelsretten, sag V-0073-07), s. 3. Noteras bör att utlåtandet är skrivet på uppdrag av Telia.

<sup>117</sup> Telia hävdar att förfarandet är förbjudet enligt Varumärkesförordningen art. 48. OHIM tvekar i frågan och har givit olika besked. Se Register Department's decisions of 26 October 2007 and 23 January 2008.

<sup>118</sup> Detta är dock inte aktuellt för Telia, då företaget inte hävdar någon varumärkesrätt i färgen (se nedan under avsnitt 4.3).

tel-avgörandet men som inte är indragna i reella tvister. En varumärkesregistrering av en färg i sig kan alltså resultera i ett varumärke som innehavaren har bristande vilja och möjlighet att försvara. Noteras bör att färgvarumärken som registrerats efter Libertel-avgörandet, exempelvis framtida sådana i Sverige, knappast har samma problem därför att det får antas att dessa uppfyller Libertel-kraven.

## 4.2.2 Bristande särskiljningsförmåga

En annan grund för yrkande om ogiltigförklaring av en registrering är att varumärket inte äger särskiljningsförmåga. Som beskrivits ovan kan färger endast undantagsvis inneha ursprunglig särskiljningsförmåga, varpå det måste visas att särskiljningsförmåga är förvärvat genom inarbetning. Nedan följer en genomgång av de mest kritiska momenten för att lyckas förvärva särskiljningsförmåga. I anslutning till dessa moment finns naturligen det största utrymmet för angrepp på visad inarbetning. Poängteras bör att endast brister som fortfarande föreligger kan angripas med en ogiltigförklaring (25 § VML, art. 3.1.b och 3.3 varumärkesdirektivet samt art. 51.1.a och 51.2 VMF). Med andra ord kan bristande särskiljningsförmåga inte användas som grund, om varumärkesinnehavaren efter den felaktiga registreringen inkommit med bevis som erforderligt styrker inarbetad särskiljningsförmåga. Prioritetsdatumet, dvs. datumet för när skyddet vinner laga kraft, blir dock uppskjutet därefter.<sup>119</sup>

För att ett varumärke ska anses ha förvärvat särskiljningsförmåga genom inarbetning krävs viss kännedom och allmän perception av märket. Förutsättningar för att förvärva särskiljningsförmåga genom inarbetning klargjordes till stor del genom Chiemsee-avgörandet.<sup>120</sup> Rättsfallet gällde två företag verksamma inom klädesförsäljning i närheten av sjön Chiemsee. Bolaget Windsurfing Chiemsee hade registrerat beteckningen Chiemsee som en grafisk figur med vissa tillhörande element, men inte fått ordet i sig registrerat som varumärke eftersom myndigheterna ansett den vara en beskrivning av dess geografiska ursprung. Det konkurrerande företaget Huber samt Franz Attenberger använde termen Chiemsee som beteckning på sina varor, dock inte återgiven med samma grafiska element som Windsurfing Chiemsee. Det senare bolaget hävdade ändock att beteckningen Chiemsee var ett inarbetat varumärke och att Huber och Franz Attenberger inte hade rätt att använda beteckningen. Huber och Franz Attenberger invände då att Chiemsee var en beteckning för det geografiska ursprunget, vilket inte kan leda till en ensamrätt. Den nationella domstolen hänsköt därefter till EG-domstolen att svara på vilka krav som ställs för att ett varumärke ska anses ha förvärvat särskiljningsförmåga. Dessutom undrade den nationella domstolen om dessa krav varierar alltefter behovet av att utesluta ensamrätt samt om det ställs krav på hur särskiljningsförmågan som förvärvats ska fastställas. Domstolen menade att ett geografiskt namn har förvärvat särskiljningsförmåga, och kan registreras som varumärke, om namnet till följd av det bruk som har gjorts av det lämpar sig som identifikationsmedel för att den

---

<sup>119</sup> Kur, s. 10.

<sup>120</sup> EG-domstolen den 4 maj 1999, de förenade målen C-108/97 och C-109/97, Chiemsee.

aktuella varan kommer från ett visst företag och att varan således kan särskiljas från andra företags varor. I ett sådant fall har det geografiska namnet fått en annan räckvidd, och dess betydelse, som inte längre är beskrivande, rättfärdigar att namnet registreras som varumärke.<sup>121</sup> Regleringen tillåter således inte en differentierad bedömning av särskiljningsförmågan beroende av vilket intresse det finns av att hålla det geografiska namnet tillgängligt för envar.<sup>122</sup> Domstolen uttalade vidare att den behöriga myndigheten vid bedömningen av om särskiljningsförmåga förvärvats ska göra en samlad bedömning av de uppgifter som kan visa att varumärket lämpar sig som identifikationsmedel för att fastställa att den aktuella varan har sitt ursprung från ett visst företag och således att denna vara kan särskiljas från varor från andra företag. Domstolen nämnde att det särskilt ska beaktas huruvida det geografiska namnet är välkänt eller redan används som beteckning för andra varor, varpå det krävs att det företag som vill registrera varumärket har brukat det intensivt och under lång tid. Vid bedömningen av huruvida det varumärke som är föremål för en begäran om registrering har förvärvat särskiljningsförmåga ska, enligt domstolen, också beaktas varumärkets marknadsandel, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område märket har brukats, hur stora investeringar som gjorts för att saluföra det, den andel av omsättningskretsen som tack vare varumärket kan ange att varan kommer från ett visst företag samt yttranden från handelskammaren etc.<sup>123</sup>

Det finns naturligtvis ett skäl varför vissa märken, exempelvis vanligt förekommande eller beskrivande, är intressanta att frihålla för allmän- eller konkurrensintresset. Sådana märken percipieras redan på ett visst sätt av, och ger redan vissa associationer till allmänheten. Även om en differentierad bedömning av särskiljningsförmågan beroende på frihållningsintresset inte är tillåten, bör sådana märken därmed naturligen ha mycket svårt att visa på förvärvad särskiljningsförmåga i enlighet med de krav som just redogjorts för. Poängen är alltså att svårigheten att visa på förvärvad särskiljningsförmåga oftast sammanfaller med konkurrens- och allmänintresset.<sup>124</sup> Färger som ju närmast i samtliga fall aktualiserar frihållningshänsyn bör därför ha mycket svårt att förvärva särskiljningsförmåga och ett myndighetsbeslut som utvisat att så är fallet öppnar säkerligen för viss argumentation.

Det har också argumenterats att Chiemsee-avgörandet måste förstås i dess sammanhang, alltså gällande geografiska ursprungsangivelser. Beträffande färger gör sig andra hänsyn påminna.<sup>125</sup> En färg som magenta har exempelvis funktionella kvaliteter som resulterar i väsentliga kostnadsfördelar i produktionen av trycksaker. Magenta är, tillsammans med cyan, gul, svart och vit, en av de primära tryckfärgerna. Däribland intar den en unik position p.g.a. dess förmåga att vara billig tryckfärg och samtidigt uppseendeväckande. Konsumenterna kan inte uppfatta att magentafärgen är funktionell på samma sätt som de kan uppfatta att en färg är vanlig eller att ett ordmärke är beskrivande. Därmed sammanfaller inte på ett naturligt sätt svårig-

---

<sup>121</sup> Målen C-108/97 och C-109/97, Chiemsee, punkt 47.

<sup>122</sup> Målen C-108/97 och C-109/97, Chiemsee, punkt 48.

<sup>123</sup> Målen C-108/97 och C-109/97, Chiemsee, punkterna 49-51.

<sup>124</sup> Kur, s. 12.

<sup>125</sup> Kur, s. 12 f.

heterna att särskilja sig med frihållningsbehovet. Det konkurrensintresse som emanerar ur de funktionella aspekterna kan därför leda till att den aktuella färgen, i likhet med funktionella former,<sup>126</sup> inte borde ha fått registreras, alternativt borde ha prövats som ett separat moment i bedömningen av särskiljningsförmåga, ett moment som kan resultera i högre krav på visad inarbetning.<sup>127</sup> Liknande argumentation kan föras gällande andra färger som även de besitter egenskaper som inte direkt uppfattas av allmänheten, men som ändå ger en viss konkurrensfördeel.

En annan aspekt som försvårar för färger att förvärva särskiljningsförmåga är konkurrenters användning av liknande färger. Exklusivitet på marknaden i användandet av en viss färg är visserligen inte en förutsättning för inarbetning, men naturligen blir det svårare för en färg att vara särskiljande när liknande färgers användning är utbredd. Dessutom är den utbredda användningen av färger generellt, oavsett likhet och oavsett i vilket syfte användningen sker, en omständighet som pekar mot att lyckas inarbeta att en specifik färg används som ursprungsbeteckning för ett företag.<sup>128</sup>

I enlighet med att det faktiskt krävs att ett kännetecken är känt som beteckning för de relevanta varorna inom *en betydande krets till vilket kännetecknet riktar sig*, blir det också en intressant aspekt att undersöka hur märket *presenteras* för denna krets samt hur kretsens kännedom *bevisas*. Okonventionella kännetecken som exempelvis färg framställs ju, trots att de registreras som självständiga varumärken, ytterst sällan ensamt gentemot konsumenterna, utan vanligen som en helhet i kombination med konventionella märken. Detta är i sig inget hinder mot att färgen kan förvärva särskiljningsförmåga<sup>129</sup>, även om det har framförts argument att detta faktum borde göra färger i sig icke-registrerbara.<sup>130</sup> Söks varumärkesskydd för färgen i sig måste dock färgen som sådan vara särskiljande och därmed uppfattas som en ursprungsangivelse och inte bara som ett utsmyckande element i bakgrunden av ordmärket. Målgruppen måste endast genom färgen kunna avgöra en varas eller tjänsts ursprung.<sup>131</sup> Naturligen försvåras detta av att märkena ständigt figurerar tillsammans. Huruvida särskiljningsförmåga har förvärvats genom inarbetning avgörs enligt domstolen i Chiemsee-avgörandet av en helhetsbedömning där marknadsandel, investeringar samt hur märket använts ingår. Betydelsen av gjorda marknadsföringsinvesteringar kan dock ifrågasättas om färgen uteslutande marknadsförs i samband med ord- eller figurmärken.<sup>132</sup> Domstolen i avgörandet noterade också uttryckligen att marknadsundersökningar kan utgöra underlag vid särskilt svåra fall.<sup>133</sup> Just

<sup>126</sup> Bestämmelsen i 13 § 2 st. VML och art. 7.1(e)(ii) talar egentligen om *former*, men Kur menar att stöd finns för en läsning utifrån det bakomliggande syftet att inte monopolisera funktionalitet. Bestämmelserna gäller dock former som är *uteslutande* av teknisk funktion, vilket svårigen kan vara fallet med färgen magenta. Högre krav på särskiljningsförmåga bör därför vara en rimlig konsekvens av färgens funktionalitet.

<sup>127</sup> Kur, s. 13 f.

<sup>128</sup> Lunell, s. 234 f.

<sup>129</sup> Lunell, s. 230 och EG-domstolen den 7 juli 2005, mål C-353/03, HAVE A BREAK, punkterna 27 och 30.

<sup>130</sup> Bartow, Trademarks, Commodization, Gender and the Color Pink, Circulation draft of 1/31/08, s. 6.

<sup>131</sup> Lunell, s. 230.

<sup>132</sup> A.a. s. 232.

<sup>133</sup> Målen C-108/97 och C-109/97, Chiemsee, punkt 53.



marknadsundersökningar kan bli avgörande vid inarbetningen av okonventionella varumärken eftersom det endast är sådana undersökningar som kan bevisa de kritiska momenten, nämligen att märket uppfattas som en ursprungsbeteckning och att färgen i sig själv faktisk ger associationer till ett specifikt företag.<sup>134</sup> I anslutning till marknadsundersökningar kan generellt sägas att det är viktigt att frågorna är objektiva och inte ledande, och marknadsundersökningars värde är vanligen ifrågasatt.<sup>135</sup> Specifikt för färgvarumärken är det dessutom viktigt att marknadsundersökningen på ett lämpligt sätt bortser från de kännetecken som vanligtvis omger färgen.<sup>136</sup> Det är därvid diskutabelt huruvida marknadsundersökningen faktiskt lyckas spegla omsättningskretsens uppfattning inkom av färgen i sig. Konsumenterna fäster mest uppmärksamhet till etiketter och därpå figurerande logotyper. Det blir därför svårt att visa att konsumenterna endast genom färgen kan avgöra en varas ursprung, och lyckas bevisning föras om detta så är det oklart vilket betydelse en sådan uppgift har.<sup>137</sup> Även om endast en enstaka färg visas upp för deltagarna i undersökningen, lyckas konsumenterna verkligen "tänka bort" de konventionella märkena som vanligen figurerar i samband med färgen? Konsumenternas associationer av och därmed särskiljningsförmågan för den uppvisade färgen, har ju i mångt och mycket förvärvats tack vare kombinationen med de konventionella märkena. Sveriges hittills enda färgmärkesinnehavare, Löfbergs Lila, består ju till exempel i sitt registrerade ordmärke och i sitt firmanamn till hälften av den färg som visas upp i marknadsundersökningen. Ett flertal spørsmål beträffande användandet av en enstaka färg i kombination med andra kännetecken gör sig på olika sätt påminna även vid förväxlingsbedömningen av färger i sig (se nedan under avsnitt 4.6.1).

När det gäller gemenskapsvarumärken som äger giltighet i hela EU blir det vidare intressant att undersöka vad som krävs rent geografiskt beträffande förvärvad särskiljningsförmåga i Europa, och vilket utrymme det därmed finns att angripa den bedömningen. Ordmärken aktualiserar ofta viss problematik av den orsaken att de kan ha olika betydelse på olika språk och därmed vara exempelvis beskrivande på ett språk, men vara distinkt på ett annat.<sup>138</sup> Angående marknader som har relativt homogen struktur genom hela gemenskapen har sagts att det räcker att visa förvärvad särskiljningsförmåga i en del av gemenskapen som är representativ för marknaden. Saknas särskiljningsförmåga i en del av gemenskapen måste dock förvärvad särskiljningsförmåga visas i en väsentlig del av gemenskapen där egenskapen saknades.<sup>139</sup> Okonventionella varumärken som färg intar i detta sammanhang en särställning. En färg är universell och uttrycker oftast inte olika budskap eller signaler i olika länder. Detta torde därmed underlätta att registrera en färg som varumärke. En konsekvens av färgers universalitet är

---

<sup>134</sup> Lunell, s. 240 f.

<sup>135</sup> Farrahi, *Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten*, NIR 2006, s. 441 ff.

<sup>136</sup> Lunell, s. 242.

<sup>137</sup> Lunell, s. 230 f.

<sup>138</sup> Se exempelvis Förstainstansrätten den 27 februari 2002, mål T-219/00 (Ellos) som gällde OHIM:s beslut att inte registrera postorderföretaget Ellos namn på den grunden att Ellos är ett personligt pronomen i tredje person pluralis i det spanska språket och ofta används som gemensam beteckning för alla av manligt kön.

<sup>139</sup> Lunell, s. 217 ff. och Förstainstansrätten den 30 mars 2000, mål T-91/99 (Options).

dock samtidigt att bristande särskiljningsförmåga troligen får relevans inom många eller samtliga EU:s medlemsstater. En förutsättning för att registrera ett färgvarumärke har därför sagts vara att bevisning kan företas av förvärvad särskiljningsförmåga i en *väsentlig* del av gemenskapen.<sup>140</sup> Deutsche Telekom har exempelvis ingen eller begränsad verksamhet i Sverige och Danmark, men har lyckats registrera sin magentanyans som gemenskapsvarumärke. Vid registreringen bestod företagets stöd för inarbetning till största delen av information gällande den tyska marknaden. Det har hävdats att denna bevisning är bristande eftersom den inte har bäring på hela gemenskapen. I synnerhet inte som Tyskland är Deutsche Telekom hemmamarknad och därmed inte bör vara representativ för övriga EU.<sup>141</sup>

### 4.3 Används den påstått intrångsgörande färgen som ursprungsangivelse?

Som beskrivits ovan under kapitel 2 så är det en svårforcerad registreringsförutsättning att en färg fungerar som ett kännetecken och som en ursprungsangivelse som omsättningskretsen associerar till en vara eller tjänst. Likaväl är det en förutsättning för att kunna angripa en konkurrerande färganvändning, att den intrångsgörande färgen fungerar som ett kännetecken. Ensamrätten omfattar ju endast skydd mot förväxlingsbara *kännetecken*. Om konkurrentens färganvändning inte används i den symbolfunktion som krävs för att utgöra ett kännetecken, utan endast används som ett utsmyckande element i marknadsföringen, så föreligger alltså inget intrång på varumärkesrättslig grund (en annan sak är att marknadsrätten kan användas, se nedan under kapitel 5). Detta kan vara ett svårt hinder att övervinna för att lyckas försvara ett varumärke som består av en enstaka färg. Att färgen används som en dekoration är en del av Telias argument i processen mot Deutsche Telekom. Telia hävdar ingen varumärkesrätt i sin färg och menar att färgen inte används för att särskilja någon specifik tjänst eller vara.

Gränsdragningen mellan vad som är en otillåten känneteckensanvändning och en tillåten dekorationsanvändning är inte självklar. EG-domstolen konstaterade i Libertel-avgörandet att färger har svag förmåga att förmedla exakta upplysningar om varors och tjänsters ursprung, och att konsumenter har svårt att uppfatta färger i en sådan funktion.<sup>142</sup> Även om Libertel-avgörandet gällde registreringen av färger, så gör sig samma hänsyn gällande vid en intrångsprocess. Av betydelse vid en sådan tvist kan därför vara om färganvändning vanligen används inom en viss bransch för att särskilja varor eller tjänster, varpå konsumenterna är vana vid att uppfatta färgen i sådan funktion.<sup>143</sup> Inom service- och tjänstesektorn förekommer profilerande färger i stor omfattning, exempelvis inom telekommunikationsbranschen, av den anledningen att företagen inte säljer någon konkret produkt

---

<sup>140</sup> Lunell, s. 218. Se bl.a. Decision of the Third Board of Appeal of 20 July 1999, Case R 5/1999-3 (Cobalt blue) punkterna 15-17.

<sup>141</sup> Kur, s. 7 ff.

<sup>142</sup> Mål C-104/01, Libertel, punkt 40.

<sup>143</sup> Lunell, s. 246.

som kan fungera profilerande. Varumärkeshavarens företagna inarbetning, vilken oftast är nödvändig för att uppnå varumärkesskydd av en färg i sig, kan också bidra till att konsumenterna uppfattar en intrångsgörande färg som en ursprungsangivelse. Konsumenterna är då vana vid att uppfatta just den färgen som ett kännetecken.<sup>144</sup> Exempelvis så har Deutsche Telekom utbredda användning runt om i Europa möjligen fått en stor del konsumenter att associera färgen magenta med telekommunikation. Nedan följer några exempel på metoder för att fastställa om en färg används som en ursprungsangivelse.

Amerikanska registreringsmyndigheten USPTO beaktar ett flertal faktorer när den vid registreringstillfället bedömer om färger används som ursprungsangivelse. Bl.a. beaktas det kommersiella intrycket som färgen gör, om färgen vanligen används dekorativt inom samma bransch och graden av visad särskiljningsförmåga.<sup>145</sup>

Huruvida en färg används som ursprungsangivelse har också berörts i samband med den fåtaliga praxis som finns gällande intrång i färgvarumärken. Ett av rättsfallen rörde just Deutsche Telekom och färgen magenta mot företaget Mobilcom i Tyskland. Domstolen uttalade att för att den påstått intrångsgörande färgen ska betraktas som en ursprungsangivelse, krävs att färgen dominerar föreställningsbilden i förhållande till övriga element. Detta ansågs vara fallet i Mobilcoms annonsering eftersom 1) färgen magenta betraktades som en ursprungsangivelse i förhållande till telekommunikation som en konsekvens av Deutsche Telekom utbredda och konsekventa användning av densamma, 2) färgen användes i annonsen på ett uppseendeväckande sätt och var den enda färgen i annonsen, samt 3) annonsens övriga beståndsdelar intog en tillbakadragen position och exempelvis kunde företagsnamnet Mobilcom bara urskiljas på nära håll.<sup>146</sup> En nordirländsk tvist mellan bensinbolaget BP och dess konkurrent John Kelly Ltd gällde en grön färgnyans och domstolen gjorde ett snabbt konstaterande att John Kellys val av färg otvetydigt var gjort för att associera bensinstationerna med det företag som stod bakom desamma.<sup>147</sup>

## 4.4 Vad är förväxlingbara färger?

En sida av varumärkesskyddet av färger i sig som givetvis är av stort intresse, och som kanske också är den svåraste frågan<sup>148</sup>, är vad som ska anses vara förväxlingsbara färger. Rent vetenskapligt existerar ändlöst många

---

<sup>144</sup> Schovsbos rättsutlåtande i anslutning till den Danska tvisten Deutsche Telekom ./. Telia Sonera (Sö- og Handelsretten, sag V-0073-07), s. 7. Noteras bör att utlåtandet är skrivet på uppdrag av Deutsche Telekom och Lunell, s. 246.

<sup>145</sup> Gilson & Gilson LaLonde, *The Trademark Reporter* 1995, s. 791 f. Riktlinjerna gäller vid registreringen, men som påpekats gör sig samma hänsyn påminna här.

<sup>146</sup> BGH, 4 september 2003, I ZR 23/01 och BGH, 4 september 2003, I ZR 44/01.

<sup>147</sup> BP Amoco Plc v. John Kelly Ltd [2002] FSR 5; [2001] NICA 3.

<sup>148</sup> Även om det har påpekats att förväxlingsbedömningen av färg i många fall inte bör vara svårare än motsvarande bedömning av ord- eller figurvarumärken. Se Landau, *Trademark Protection for Color Per Se After Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.: Another Grey Area in the Law*, *UCLA Entertainment Law Review* 1995, s. 14.

färgnyanser.<sup>149</sup> Människan har dock större begränsningar vad gäller färgseende. Det mänskliga ögat kan endast särskilja sextiofyra gråtoner, men vid en direkt jämförelse kan vi särskilja miljontals olika färgnyanser. Vi är dock sämre på att komma ihåg färger och där går gränsen vid tusentals nyanser.<sup>150</sup> Det är därför sannolikt inte görligt att använda miljontals olika färgnyanser som varumärken. Enligt de internationella färgidentifieringssystemen kan en viss färg återges i hundratals olika nyanser, medan vissa hävdar att genomsnittskonsumenten bara kan uppfatta exempelvis mörkblå, blå och ljusblå.<sup>151</sup> Telia använder inte exakt samma färgnyans som Deutsche Telekom. Färgerna framstår dock som mycket lika. Frågan är därför hur stor likhet som krävs för förväxlingsbarhet. Telia hävdar att deras färg gentemot Deutsche Telekom *inte* är förväxlingsbar.

Enligt Lloyd-avgörandet ska vid bedömningen av förväxlingsrisken företas en helhetsbedömning, innefattande alla relevanta faktorer.<sup>152</sup> Vid en varumärkestvist rör det sig om en specifik intrångssituation och två färger som står mot varandra. Det registrerade färgvarumärket framgår i varumärkesregistret oftast i form av en internationell färgidentifieringskod och vanligen tillsammans med en kvadratisk ruta i den aktuella färgen. Oaktat om omgivande kännetecken ska beaktas eller inte (se diskussionen nedan under avsnitt 4.6.1) så synes det, i enlighet med Lloyd-avgörandets påpekande om varumärkets intryck hos genomsnittskonsumenten, vara relevant att beakta *hur* färgen i sig används i praktiken, dvs. i vilket medium den används, i vilken form den yttrar sig, hur den anbragts på varor och använts i marknadsföring osv. I anslutning härtill är det värt att påminna om avsnitt 4.1. angående skilda färguppfattningar beroende på individ, underlag etc. De i Lloyd-avgörandet uttalade kriterier som ytterligare bör kunna få relevans vid förväxlingsbedömningen av färgvarumärken är beaktandet av ett märkes särskiljningsförmåga. Dessutom bör märkas att stor varuslagslikhet kan medföra att inte samma krav ställs på märkeslikhet, och tvärtom.<sup>153</sup> Av naturliga skäl finns det i övrigt färre aspekter att hänga upp bedömningen på än vid exempelvis ett kombinationsmärke bestående av ord och figur. En färg i sig själv saknar de detaljerade moment hos en logotyp som underlättar för att lägga vikt vid synintrycket, och saknar även de skriftliga moment hos ett ordmärke som möjliggör att lägga vikt vid hörselintrycket. Rimligen blir det i slutändan i mångt och mycket en ren jämförelse färgnyanserna emellan. Nedan föreslås ett antal förhållningssätt med mer eller mindre vetenskapliga lösningar på vad som ska anses vara förväxlingsbara färger.

En lösning som förordats är att skyddet ska vara begränsat till den nyans som har registrerats och som finns återgiven i varumärkesregistret. Det har påpekats att det vore mycket märkligt att EG-domstolen i sin praxis lagt så stark tonvikt på precis och klar återgivning, för att sedan ge ett skydd som går utöver registreringen och denna återgivning.<sup>154</sup> EG-domstolen på-

---

<sup>149</sup> Lunell, s. 147.

<sup>150</sup> Bye, Färgen som varumärke, Brand News 2001, s. 37.

<sup>151</sup> Lunell, s. 147.

<sup>152</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkt 18.

<sup>153</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkterna 19-20.

<sup>154</sup> Kur, s. 15 ff. och Blondeel, Absolute grounds for refusal: colour marks, kapitel IV punkt 4.

pekade exempelvis i Sieckmann-avgörandet att kravet på grafisk återgivning möjliggör för varumärkeshavare, konsumenter och konkurrenter att förvissa sig om varumärkens skyddsomfång.<sup>155</sup> Även i doktrinen anförs precis återgivning som ett medel att avgränsa skyddsomfånget.<sup>156</sup> En sådan begränsning tenderar emellertid att göra färgskyddet relativt värdelöst.<sup>157</sup> Det har dessutom argumenterats att ett sådant förhållningssätt i anslutning till färgvarumärken skulle bortse från perspektivet hos en genomsnittskonsument, vilken inte kan särskilja färgnyanser som ligger mycket nära varandra.<sup>158</sup> Av Lloyd-avgörandets påpekanden om konsumenternas oklara minnesbild och relationen mellan varuslags- och märkeslikhet, torde kunna dras slutsatsen att även icke-identiska färgnyanser i vissa fall kan anses förväxlingsbara. Dessutom ställs krav på grafisk återgivning även beträffande konventionella varumärken, men vad gäller sådana är det inte enbart identiska efterbildningar som innebär förväxling.<sup>159</sup> Det faktum att färg uppfattas olika beroende på vem som betraktar den och beroende på vilket underlag och i vilken miljö färgen presenteras, har också anförts som stöd för att färgskyddet måste vara brett.<sup>160</sup>

I de rättsfall gällande intrång i färgvarumärken som hänvisats till tidigare samt bland viss expertis<sup>161</sup>, finnes stöd för att även intilliggande färgnyanser ska ingå i skyddsomfånget. Domstolarna synes i dessa fall närmast ha hållit upp de båda färgerna framför sig och helt enkelt konstaterat att de intrångsgörande färgerna var av sådan liknande nyans i relation till de registrerade färgmärkena att förväxlingsrisk förelåg. Någon närmare vägledning för var gränsen går för förväxling eller exakt hur de resonerade går inte att utläsa ur rättsfallen.<sup>162</sup> Att intilliggande nyanser ingår i ett färgvarumärkes skyddsomfång stöds också av OHIM-praxis. I anslutning till en registreringsansökan gällande en nyans av grönt uttalades bl.a. att en beviljad ansökan skulle förläna sökanden en ensamrätt, inte bara till den sökta färgnyansen, utan även till liknande nyanser.<sup>163</sup> Inte heller här redogjordes utförligare för hur närliggande nyanser som ska anses ingå i ensamrätten. Ett mer förutsebart alternativ som involverar färgidentifieringskoder skulle därför kunna vara att en konkurrent måste använda en skönjbart annorlunda färg-

---

<sup>155</sup> Roth, *Cardozo Law Review* 2005, s. 467 och mål C-273/00, Sieckmann, punkterna 48-49 och 51.

<sup>156</sup> Arden, *Protection of Nontraditional Marks – Trademark Rights in Sound, Scents, Colors, Motions and Product Designs in the U.S.*, s. 26 och Bartow, *Circulation draft of* 1/31/08, s. 27.

<sup>157</sup> Blondeel, *Absolute grounds for refusal: colour marks*, kapitel IV punkt 4.

<sup>158</sup> Lunell, s. 256.

<sup>159</sup> Burrell & Handler, *Making Sense of Trademark Law*, *Intellectual Property Quarterly* 2003, s. 405 f.

<sup>160</sup> Lunell, s. 256.

<sup>161</sup> Schovsbo, s. 10 ff.

<sup>162</sup> BGH, 4 september 2003, I ZR 23/01 och BGH, 4 september 2003, I ZR 44/01 och BP *Amoco Plc v. John Kelly Ltd* [2002] FSR 5; [2001] NICA 3.

<sup>163</sup> Lunell, s. 257 och *Decision of the Third Board of Appeal of 18 December 1998, Case R 122/1998-3 (Wrigley's light green)* punkt 24.

nyans, och en sådan skulle kunna anses vara 40 % avvikande i enlighet med exempelvis färgidentifieringssystemet Pantone.<sup>164</sup>

Ett mer vetenskapligt förslag för att urskilja förväxlingsbara färger är användning av fotometri och en metod med tre variabler. Fotometri är mätning av ett strålningsflödes energi (dvs. ljus), med hänsyn till hur det mänskliga ögat upplever ljusstyrkan.<sup>165</sup> Förslaget går ut på att under normala strålningsförhållanden, använda fotometri på det varumärkesskyddade objektet för att fastställa styrkan av den reflekterade strålningen. Styrkan ska sedan konverteras till variabler baserade på absorptionen av de tre tapparna i ögat. Därefter ska fastställas en felmarginal baserad på olika ögons skilda förmåga att uppfatta ljuset. De i tvisten aktuella färgnyanserna är efter fotometrin konverterade till tre siffror, med objektivt fastställda felmarginaler. Förväxling konstateras när den påstått intrångsgörande färgen överensstämmer med den varumärkesskyddade färgens tre siffror, inklusive dess felmarginal. Metoden ska på det sättet fastställa om färgnyanser som trots att de inte är identiska är förväxlingsbara.<sup>166</sup> Denna metod är förknippad med ett flertal svagheter. För det första är dess praktiska genomförande svårhanterligt med tanke på domstolarnas tidspress, ekonomiska situation och begränsade kunskap i ämnet. Dessutom beaktar inte metoden att även risken för association är en del av förväxlingsbarhetsbegreppet. Därutöver beaktar metoden inte heller att förväxling även handlar om normativ, och inte enbart empirisk, bedömning (se exempel på den normativa bedömningen nedan under avsnitt 4.5).

## 4.5 Frihållningshänsyn kontra ensamrätt

Även om frihållningshänsyn inte kommit till tillräckligt uttryck vid registreringsförfarande i bedömningen av särskiljningsförmåga, så kan de mycket väl komma till uttryck i förväxlingsbedömningen vid intrång. Som påpekats redan i uppsatsens inledning så bygger immaterialrätten på en balans mellan samhällets och enskilda rättshavares intressen.<sup>167</sup> Libertel-avgörandet, som handlade om registreringen av färgmärken, talar mer specifikt om frihållningsbehovet för varumärken bestående av färger i sig.

För färgvarumärken med funktionella eller beskrivande drag, och allmänt p.g.a. det begränsade antalet färgnyanser som kan särskiljas av människor, kan det därför finnas behov av att snäva in skyddsomfånget.<sup>168</sup> För att inte ensamrätten i sådana fall ska bli omotiverat stor, kan det därmed vara nödvändigt att tolerera en viss förväxlingsrisk och låta konkurrenterna använda närliggande färgnyanser. Denna åtgärd blir av normativ karaktär, med hänsyn till frihållning å ena sidan och skydd mot skada för innehavaren

---

<sup>164</sup> Roth, *Cardozo Law Review* 2005, fotnot 140 med hänvisning till *Olay Co. V. Cococare Prods.*, 218 U.S.P.Q. 1028, 1045 (S.D.N.Y.1983) och *Gilson & Gilson LaLonde*, *The Trademark Reporter* 1995, s. 779.

<sup>165</sup> Härd m.fl., s. 166.

<sup>166</sup> Ebert, *Trademark Protection in Color: Do it by the Numbers!*, *The Trademark Reporter* 1994, s. 404 f.

<sup>167</sup> Levin, s. 31.

<sup>168</sup> Wessman, s. 384 f.

å andra sidan.<sup>169</sup> Precis som påpekats ovan tenderar dock ett sådant förhållningssätt att bortse från perspektivet hos en genomsnittskonsumant. Denne uppfattar inte mindre nyansskillnader och vad som är förväxlingsbara färger för denne skiljer sig antagligen från domstolens frihållningsavgränsning.<sup>170</sup> Mot en sådan argumentation har emellertid anförts att genomsnittskonsumantens perspektiv ensamt inte ska kunna bli utslagsgivande. Den normativa aspekten av förväxlingsbedömningen, i detta fall att bevara konkurrensen, ska också vägas in, med begränsningen att denna självklart inte ska åsidosätta det grundläggande syftet att skydda konsumenterna mot genuin förväxling. I vissa fall riskeras inte sådant åsidosättande och då kan domstolen arbeta normativt.<sup>171</sup>

## 4.6 Hänsyn till omgivande kännetecken

Ett färgvarumärke innebär en ensamrätt till den enstaka färgen i sig själv. Som berörts tidigare figurerar färgen dock oftast i samband med andra kännetecknande element, exempelvis ett ord- eller figurmärke. Detta faktum får inte bara betydelse vid inarbetning av särskiljningsförmåga, utan i hög grad också vid förväxlingsbedömningen av två färger. Av stor betydelse för vilket varumärkesskydd en färg i sig egentligen besitter, samt hur ett sådant märke förhåller sig till skyddet av konventionella varumärken, är frågan hur färgvarumärket betraktas i förväxlingsbedömningen – ensamt utan hänsyn till omgivande märken eller som en helhet tillsammans med de konventionella varumärkena? Processen mellan Deutsche Telekom och Telia kan här fungera som ett illustrerande exempel. Även om de båda har delade meningar om huruvida färgen i sig är förväxlingsbar, så kan i alla fall slås fast att deras färger i mångt och mycket är mycket lika (se mer om vad som kan anses vara förväxlingsbara färger ovan under avsnitt 4.4). Om det utöver färglikheten dock även fästs avseende vid att det rör sig om två mycket välkända företag samt att deras logotyper och ordmärken inte är särskilt lika, blir förutsättningarna naturligen annorlunda för bedömningen av förväxlingsrisk. Telia har också anförts att deras färg aldrig figurerar isolerat, utan alltid i samband med företagets namn och andra ursprungssignaliserande element. Därmed, menar Telia, exkluderas risken att de två företagen förväxlas.

### 4.6.1 Förväxlingsbedömningen

Hur färgen i sig själv betraktas i förhållande till övriga kännetecknande element får betydelse på flera sätt i förväxlingsbedömningen av färger. Först och främst eftersom hög särskiljningsförmåga breddar skyddsområdet<sup>172</sup>, och hög särskiljningsförmåga bevisas på liknande sätt som när inarbetad särskiljningsförmåga bevisas. Samma överväganden kring marknadsföringsinvesteringar, konsumenternas perception av helhetsbilden och tillhörande

---

<sup>169</sup> Wessman, s. 387 f.

<sup>170</sup> Lunell, s. 256.

<sup>171</sup> Kur, s. 17.

<sup>172</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkt 20.

marknadsundersökningar blir därmed aktuella även här (se ovan under avsnitt 4.2.2 för den diskussionen).

När det i en tvist ska avgöras huruvida två färger är förväxlingsbara blir det även betydelsefullt hur rätten betraktar ett färgvarumärke och dess omgivande kännetecken. EG-domstolen påpekade i Lloyd-avgörandet att en helhetsbedömning ska göras där alla relevanta faktorer ska beaktas. Enligt Lloyd-avgörandet så betraktar konsumenterna varumärken som en helhet och ägnar sig inte åt att undersöka dess detaljer.<sup>173</sup> Det är ju också som en helhet som den skyddade färgen och de övriga kännetecknen framstår mot konsumenterna i den faktiska användningen av färgvarumärket. Rätten ska vid förväxlingsbedömningen skapa sig en uppfattning om huruvida en genomsnittskonsument i omsättningskretsen riskerar att förväxla de aktuella varumärkena. Det är därför rimligt att förväxlingsbedömningen innefattar även omgivande element.<sup>174</sup> Det faktum att färg uppfattas olika beroende på vem som betraktar den och beroende på vilket underlag och i vilken miljö färgen presenteras (se vidare ovan under avsnitt 4.1), kan också anföras som stöd för att helheten ska beaktas. Det kan vara svårt att enbart baserat på färgerna i sig fastställa att en genomsnittskonsument riskerar att förväxla två färger, eftersom uppfattningen skiljer sig beroende på vem betraktaren är och hur färgen betraktas. Denna osäkerhet kan således balanseras av att domstolen fastställer att även omgivande kännetecken bidrar till förväxlingen. Det är viktigt att poängtera, att enligt Lloyd-avgörandet ska också beaktas exempelvis huruvida det äldre färgmärket är starkt och huruvida de aktuella varorna eller tjänsterna är lika.<sup>175</sup> Detta är faktorer som kan öka förväxlingsrisken av två färger även om helhetsbilden förefaller olik.

En metodik som den ovan framstår som ett tillräckligt beaktande av de fundamentala syftena att skydda konsumenterna från förväxlingsrisk och varumärkesinnehavare från efterbildning och snyltning, samtidigt som det innebär en öppning för sund konkurrens. Om endast färgen, men inte alla övriga kännetecken som framträder gentemot konsumenten är efterbildade, kan konsumenterna då verkligen bli vilseledda om en varas eller tjänsts ursprung? Och riskerar varumärkesinnehavaren verkligen att lida någon skada? Svaret varierar givetvis från fall till fall. En särskild prövning i det enskilda fallet har förespråkats i doktrinen för att besvara frågan om omgivande kännetecken ska innefattas i förväxlingsbedömningen. Hänsyn bör i sådant fall tas till särskiljningsförmågan hos färgvarumärket, helhetsintrycket av det intrångsgörande objektet, det sätt på vilket varorna marknadsförs samt graden av synlighet hos de konventionella märkena.<sup>176</sup> Frågan är dock hur mycket en sådan föregående prövning skiljer sig från en metod där de konventionella märkena faktiskt innefattas i förväxlingsbedömningen. Om resultatet av en sådan prövning blir att de omgivande kännetecknen intar en så pass framträdande roll att de kan bidra till eller förhindra förväxlingsbarhet så ska de ju innefattas i förväxlingsbedömningen. På motsatt sätt, om de omgivande kännetecknen inte framträder tillräckligt klart eller likt för att kunna bidra till eller förhindra förväxling, så föreligger förväxlingsrisk en-

---

<sup>173</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkterna 22-26.

<sup>174</sup> Gilson & Gilson LaLonde, *The Trademark Reporter* 1995, s. 781 f. och Kur s. 18f.

<sup>175</sup> Mål C-342/97, Lloyd, punkterna 19-20.

<sup>176</sup> Lunell, s. 254.



dast om färgen i sig gör att helhetsbilden är förväxlingsbar. Detta är fallet även om de omgivande kännetecknen faktiskt ingår i den reella förväxlingsbedömningen. Konsekvenserna av att omgivande kännetecken innefattas i förväxlingsbedömningen blir givetvis att skyddet för ett färgvarumärke snävas i motsvarande omfattning.<sup>177</sup>

I kontrast till ovanstående resonemang finns också exempel som pekar på att en förväxlingsbedömning ska grunda sig på användandet enkom av färgerna. Detta har bland annat nämnts som en fördel med att varumärkesregistrera enstaka färger gentemot att förlita sig på marknadsrätten<sup>178</sup> (se mer om skillnaderna mellan dessa rättsområden nedan under kapitel 6). Ett sådant alternativ innebär alltså att förväxlingsbar färganvändning, utan vidare prövning, medför förväxlingsbarhet och intrång. Till stöd för detta har anförts orimligheten i att en intrångsgörare kan undvika att begå intrång endast genom att använda ett särskiljande ordmärke.<sup>179</sup> Mot ett sådant argument kan emellertid invändas att om användningen av ett ordmärke faktiskt har effekten att det förhindrar förväxlingsrisk, så är det väl inget konstigt i att intrång inte bedöms föreligga. Det känns därför sunt att som i viss praxis har gjorts, göra en distinktion mellan fall där konsumenterna uppfattar att det intrångsgörande objektet består av flera separata kännetecken och fall där de istället uppfattar objektet som ett kombinationsmärke. Endast i det senare fallet kan omgivande kännetecken få en neutraliserande effekt.<sup>180</sup> Vad angår färg så lär det emellertid vara sällsynt att en konsument uppfattar färg och ordmärke som separata kännetecken och inte som en helhet.

En viktig fråga vid en förväxlingsbedömning innefattande endast färger i sig är om rätten i ett sådant fall klarar av att bortse från övriga kännetecken? Till skillnad från konsumenterna som i enlighet med principen om den bleknande minnesbilden inte ser båda varumärkena samtidigt, så har rätten de båda märkena och dess omgivande helhet framför sig. I realiteten synes det inte otroligt att domarna i sin bedömning inte kan undvika att beakta huruvida omgivande kännetecken är liknande eller inte och således låter detta inverka på förväxlingsbedömningen.

Att endast färgen i sig ska beaktas vid förväxlingsbedömningen har även visst stöd i den fåtaliga praxis som rör intrång i färgvarumärken. I processen som Deutsche Telekom förde mot företaget Mobilcom, iakttog rätten enkom likheten mellan de använda färgerna när den konstaterade att förväxlingsbarhet förelåg. Domstolen synes inte ha fört något närmare resonemang angående omgivande kännetecken.<sup>181</sup> I den nordirländska tvisten mellan bensinbolagen BP och John Kelly Ltd förde domstolen ett resonemang i frågan, innan den konkluderade att endast färgerna i sig skulle jämföras. Domstolen menade att en jämförelse kännetecknande färg mot kännetecknande färg, utan hänsyn till andra omständigheter, var i enlighet med såväl nationell som EG-rättslig praxis. Domstolen pekade särskilt på formuleringen i artikel 5.1 i varumärkesdirektivet ”*Det registrerade varumärket ger*

---

<sup>177</sup> A.a. s. 254.

<sup>178</sup> Hiddleston, IP Review 2005, s. 25. Schovsbo nämner i sitt utlåtande ingenting om helheten, vilket får tolkas som att han anser att endast färgerna ska innefattas.

<sup>179</sup> Lunell, s. 254.

<sup>180</sup> Lunell, s. 254 f.

<sup>181</sup> BGH, 4 september 2003, I ZR 23/01 och BGH, 4 september 2003, I ZR 44/01.

*innehavaren en ensamrätt*” som påstods ge stöd för den uppfattningen. Det kan påpekas att detta rättsfall är lite speciellt. Bilister ser bensinstationer på håll och kan då se de aktuella färgerna, men kan ha svårare att urskilja de omgivande ordmärkena. Detta noterades av domstolen, men synes inte ha haft avgörande betydelse för valet att utesluta omgivande kännetecken från bedömningen. Även om domstolen inte uttryckligen resonerade därom, så passar dess förfarande in i den distinktionsmodell som berörts ovan. På håll framstår färgen och ordmärkena som separata kännetecken och inte som en helhet, och till färgen omgivande kännetecken ska därför inte få någon neutraliserande effekt. BP:s ombud påpekade i anslutning till rättsfallet att allt annat än domstolens förhållningssätt skulle innebära att färgmärken inte skänktes något skydd, därför att färger alltid förekom i anslutning till andra kännetecken.<sup>182</sup> Att en abstrakt färg som enligt registreringen inte är begränsad i form och användning ska ha ett korresponderande obegränsat skyddsomfång har också ansetts rimligt i doktrinen.<sup>183</sup> Avslutningsvis har det dock ifrågasatts huruvida en förväxlingsbedömning, innefattande enbart de aktuella färgerna utan vidare prövning, är förenlig med EG-rätten och de anvisningar om helhetsbedömningar som gjorts i bl.a. Lloyd-avgörandet och som resonerats kring i stycket ovan.<sup>184</sup> Denna för färgskyddets vidkommande avgörande fråga kommer sannolikt att kräva ett klagande avgörande från EG-domstolen.<sup>185</sup>

## 4.6.2 Identitetsbedömningen

Om endast färgerna i sig ska innefattas i förväxlingsbedömningen blir frågan vilken betydelse varumärkesdirektivets bestämmelse om identitet kan få beträffande färgvarumärken. Som påpekats tidigare har bestämmelsen liten betydelse för konventionella märken eftersom endast rena kopieringsfall anses vara identiska. Men vad ska anses vara identiska färger? Det mänskliga ögat har begränsad möjlighet att särskilja färgnyanser och det kan därför tänkas att det inte krävs full överensstämmelse mellan nyanserna för att identitet ska anses föreligga (se mer om människans möjlighet att särskilja färger ovan under avsnitt 4.4). Frågan är viktig av den orsaken att det vid dubbel identitet, dvs. identitet mellan de båda aktuella varumärken samt mellan de aktuella varorna eller tjänsterna, råder ett absolut skydd. Som påpekats under avsnitt 2.2.1 innebär detta att förväxlingsrisk presumeras och allmänhetens uppfattning om förväxlingsrisken behöver inte närmare bevisas. Dessutom presumeras att det intrångsgörande märket fungerar som ett kännetecken. I synnerhet det senare är särskilt problematiskt i anslutning till färgvarumärken som redogjorts för ovan under avsnitt 4.3.

I det tyska och det nordirländska rättsfallen som hänvisats till ovan, har domstolarna konstaterat att det krävs exakt likhet mellan färgnyanserna för att identitet ska föreligga. I båda fallen avvisade domstolarna identitets-

---

<sup>182</sup> BP Amoco Plc v. John Kelly Ltd [2002] FSR 5; [2001] NICA 3.

<sup>183</sup> Lunell, s. 257.

<sup>184</sup> Dawson, *The Power of Colour in Trademark Law*, *European Intellectual Property Review* 2001, s. 388.

<sup>185</sup> Schulze, *European Intellectual Property Review* 2003, s. 65.

grunden med motiveringen att färgerna var lika, men inte identiska.<sup>186</sup> Samma förhållningssätt har också framförts i doktrinen.<sup>187</sup> Med tanke på svårigheten att dra en klar gräns mellan vad som är identiskt och vad som endast är förväxlingsbart, så är det rimligt och lätthanterligt med en sådan vetenskaplig norm där exempelvis internationella färgkoder kan konsulteras. Detta är lämpligt även om det mänskliga ögats identitetsbedömning antagligen skulle få ett något annorlunda utslag och att det för färgmärken sannolikt finns större utrymme för vad som *upplevs* som identiskt än vid okonventionella märken.

## 4.7 Väl ansedda färgmärken

Som påpekats tidigare kan väl ansedda varumärken erhålla ett utökat skydd som gäller även utanför varuslaget. Förutsättningarna är att det aktuella varumärket är *väl ansett här i landet* samt att användningen av det liknande kännetecknet drar *otillbörlig fördel* eller skulle vara till *förfång* för del väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende (6 § 2 st. VML). Väl ansett innebär att märket måste vara *känt*, vilket är fallet när det är känt för en betydande andel av den allmänhet som berörs av de varor eller tjänster som täcks av varumärket. Geografiskt ska märket vara känt i en väsentlig del av den aktuella medlemsstaten.<sup>188</sup> Anseendeskyddet kan även aktualiseras inom samma varuslag när förväxlingsrisk inte föreligger.<sup>189</sup> Dessutom har hävdats att sådana välkända märken innehar ett något starkare skydd i den ordinarie förväxlingsbedömningen mellan varor och tjänster inom samma varuslag.<sup>190</sup> Sammanfattningsvis är anseendeskyddets funktion att skydda ett varumärke från urvattning och snyltning.<sup>191</sup>

Färger, som ju tidigare nämnts vanligen uppfattas som dekorativa, bör dock få svårt att aktualisera detta utökade skydd.<sup>192</sup> Dessutom torde det vara svårare för en färg i sig själv, utan de karaktäristiska momenten hos ett ord- eller figurmärke, att dra otillbörlig fördel av en annan färg över varuslagsgränserna, något som uttryckligen krävs för bestämmelsens tillämplighet. Det äldre färgmärket måste då vara mycket känt och ha inarbetat hög särskiljningsförmåga. Det har också ifrågasatts om inte domstolen i Libertel-avgörandet begränsat tillämpligheten till rena undantagsfall. Detta anses ha uttalats genom domstolens farhågor att färger som kan användas som varumärken uttöms samt uttalandet att skydd lättare erhålls om det söks för endast ett begränsat antal varor eller tjänster. Det är troligare att skyddet inom varuslagsgränserna, när förväxlingsbarhet inte föreligger, aktualiseras.<sup>193</sup>

<sup>186</sup> BGH, 4 september 2003, I ZR 23/01 och BGH, 4 september 2003, I ZR 44/01 och BP Amoco Plc v. John Kelly Ltd [2002] FSR 5; [2001] NICA 3.

<sup>187</sup> Wood & Bagnall, Green light for colours?, Trademark World 2005, s. 35.

<sup>188</sup> Levin, s. 444 f. och EG-domstolen den 14 september 1999, mål C-375/97, Chevy.

<sup>189</sup> Lunell, s. 248 och EG-domstolen den 9 januari 2003, mål C-292/00, Davidoff.

<sup>190</sup> Schovsbo, s. 10.

<sup>191</sup> Lunell, s. 248.

<sup>192</sup> Lunell, s. 250 f.

<sup>193</sup> Lunell, s. 258.



# 5 Hänsyn till färger inom marknadsrätten

Färg är en av de allra viktigaste beståndsdelarna som köpsignal gentemot konsumenterna.<sup>194</sup> Vad färgskydd anbelangar är det därför intressant att närmare undersöka vilket skydd för färger som existerar inom marknadsrätten. En sådan redogörelse är också viktig för att kunna jämföra styrkor respektive svagheter mellan marknadsrätten och det färgskydd som erbjuds inom varumärkesrätten.

## 5.1 Marknadsrättens syfte

Marknadsrätten syftar till att värna marknadskonkurrensen. Det finns alltså inget avgränsat skyddsobjekt, till skillnad mot immaterialrättigheter som skyddar ett objekt i sig.<sup>195</sup> Marknadsföringslagstiftningen gestaltar sig allt mer som ett komplement till immaterialrätten, med fokus på immateriella värden skapade av företag i bl.a. goodwill, egenvärde, renommé eller uppmärksamhet.<sup>196</sup> Marknadsrätten regleras i första hand i marknadsföringslagen. Denna lag fyller marknadsrättens syfte genom att motverka otillbörlig marknadsföring och illojalt konkurrensbeteende. Lagen fyller den dubbla funktionen att skydda både konsumenter och näringslivet, vilkas intressen oftast sammanfaller.<sup>197</sup> Lagen förbjuder bland annat renommésnyltning, vilseledande efterbildning och vilseledande känneteckensanvändning.

## 5.2 Marknadsföringslagstiftningen

Marknadsföringslagen består av en allmän generalklausul samt en katalog som preciserar marknadsföringsförfaranden som alltid är förbjudna. Sanktionerna är starkare avseende de förfaranden som träffas av de preciserade förbuden i katalogen.<sup>198</sup> Nedan följer en närmare beskrivning av de regler som har relevans för i verksamheten använda färger. Observera att en ny marknadsföringslag träder i kraft den 1 juli 2008.

### 5.2.1 Renommésnyltning

Generalklausulen är allmänt hållen och anger att *marknadsföringen ska stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbör-*

---

<sup>194</sup> Bye, Brand News 2001, s. 37.

<sup>195</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillskydd, s. 12 och Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. .

<sup>196</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillskydd, s. 12.

<sup>197</sup> Bernitz m.fl., s. 242 f. Se även skäl 8 i ingressen till EG-direktivet om otillbörliga affärsmetoder (2005/29/EG).

<sup>198</sup> Bernitz m.fl., s. 243.

lig mot konsumenter och näringsidkare (4 § MFL). Som otillbörlig marknadsföring räknas renommésnyltning. Sådana åtgärder har traditionellt sett ansetts åtkomliga endast genom den citerade generalklausulen.<sup>199</sup> Renommésnyltning anses vara för handen när en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter, kännetecken eller liknande utan att det behöver föreligga förväxlingsbarhet eller vilseledande. Den snyltande utnyttjar med andra ord värdet i den positiva föreställningsbild som en annan näringsidkare skapat.<sup>200</sup> De skyddade företeelserna kan vara av inarbetad och synnerligen välrenommerad art, men också mer kortlivade företeelser som skapat ett uppmärksamhetsvärde omfattas av skyddet.<sup>201</sup>

## 5.2.2 Vilseledande efterbildningar

Marknadsföringslagen förbjuder vilseledande efterbildningar. Tre rekvisit ska uppfyllas för bestämmelsens tillämplighet: efterbildningen ska lätt kunna *förväxlas* med någon annan näringsidkares *kända* och *särpräglade* produkter (8 § MFL). Bestämmelsen är dock inte tillämplig på efterbildningar vilkas utformning är huvudsakligen funktionellt betingade.

Förväxlingsprövningen ska göras genom en bedömning av helhetsintrycket av de aktuella företeelserna, vari innefattas form, layout, färgsättning och typsnitt etc.<sup>202</sup> Hänsyn ska även tas till konsumenternas bleknande minnesbild, konsumenternas medvetenhet och kunskap samt förhållandena vid köpsituationen. Det krävs ingen bevisning om inträffad förväxling, utan det räcker med sådan risk. Kravet på kännedom är naturligt för att vilseledande av någon betydelse ska anses föreligga. Kriteriet sammanfaller inte helt med varumärkesrättens inarbetningskrav, men bedömningsgrunderna ligger nära.<sup>203</sup> Särprägel synes också ligga nära varumärkesrättens motsvarighet särskiljningsförmåga. Särprägel har traditionellt hävdats vara begränsad till att utesluta funktionalitet, men gränsen till varumärkesrättens särskiljningsförmåga har alltmer suddats ut, både enligt praxis och i doktrinen.<sup>204</sup>

## 5.2.3 Vilseledande om kommersiellt ursprung

Marknadsföringslagen innehåller en bestämmelse om vilseledande reklam (6 § MFL), vari näringsidkare förbjuds att vid marknadsföringen använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares verksamhet. Bestämmelsen gäller särskilt framställningar som avser bl.a. produktens ursprung (6 § 2 punkten MFL). Både kommersiellt och faktiskt ursprung avses.<sup>205</sup> Vilse-

---

<sup>199</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 31 f. Såvida snyltningen inte består i jämförande reklam, då den istället kan åtkommas genom den direktsanktionerade bestämmelsen i förbudskatalogen. P.g.a. den vida definitionen av *jämförande* diskuterar Nordell dock om inte all snyltning innebär någon form av jämförande.

<sup>200</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 32.

<sup>201</sup> A.a. s. 38.

<sup>202</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 129.

<sup>203</sup> Bernitz m.fl., s. 249.

<sup>204</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 143 f.

<sup>205</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 127.

ledande om kommersiellt ursprung kan föreligga även om det inte föreligger en efterbildning som beskrivits ovan, eftersom sådant vilseledande kan ske genom exempelvis användandet av kännetecken som ger en felaktig uppfattning om en produkts ursprung.<sup>206</sup> Trots att det inte framgår av lagtexten är det sannolikt att denna bestämmelse medför ett kännedomskrav likt det i anslutning till vilseledande efterbildningar.<sup>207</sup> De båda bestämmelserna delar också kravet på förväxlingsrisk.<sup>208</sup>

### 5.3 Färger i marknadsrättslig praxis

Färger har i praxis visats sig få betydelse vid bedömningen av samtliga ovan beskrivna marknadsrättsliga bestämmelser. Nedan följer en genomgång av ett axplock rättsfall där vikt i varierande grad lagts vid färgsättning.

Renommésnyltning, vilseledande efterbildning och vilseledande om kommersiellt ursprung aktualiserades i ett avgörande gällande kattmaten Whiskas.<sup>209</sup> Masterfoods yrkade att VPG i första hand skulle förbjudas att använda de i målet aktuella förpackningarna, och i andra hand den i målet aktuella lila färgen. Masterfoods menade att VPG:s användning av en liknande grå katt, men framför allt av den lila färgen, utgjorde grund för yrkandena. Domstolen uttalade att för alla de tre rättsgrunderna krävs att det som utnyttjas är väl känt. Bedömningsgrunderna för sådan kännedom var enligt domstolen stor kännedom hos konsumenter, längre tids marknadsföring i likartad förpackning, höga försäljningssiffror och höga marknadsföringskostnader samt stor marknadsandel. Av den undersökningen som Masterfoods presenterade framgick enligt domstolen inte att konsumenter förknippade lila färg med Whiskas och någon motsvarande undersökning gällande förpackningarna hade inte utförts. Inte heller visades erforderlig bevisning av försäljning och marknadsföring av de aktuella förpackningarna eller av färgen lila. Talan ogillades således.

Samma yrkanden aktualiserades i ett rättsfall gällande telefonkataloger.<sup>210</sup> TDCF Förlag menade att Kataloggruppen i Norr genom sin utformning av katalogerna (stor likhet i form, färgsättning, samt annonsernas placering) bröt mot marknadsföringslagen. Domstolen konstaterade att en jämförelse av helhetsintryck skulle göras. I anslutning till detta konstaterades att den minnesbild som skapas hos både konsumenter och näringsidkare i allt väsentligt torde grundas på katalogernas färg och format. Katalogerna framstod i dessa hänseenden som i stort sett identiska och domstolen ansåg att vilseledande efterbildning samt vilseledande om kommersiellt ursprung var för handen. Frågan om renommésnyltning fanns därför inte skäl att ta ställning till.

Färgsättningen fick också betydelse i en process mellan GB och Åhus, där GB menade att produkten Vienetta var efterbildad av Åhus.<sup>211</sup>

<sup>206</sup> Bernitz m.fl., s. 254.

<sup>207</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 141 f. och MD 2004:13.

<sup>208</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 128.

<sup>209</sup> MD 2005:13.

<sup>210</sup> MD 2004:6.

<sup>211</sup> MD 2002:27.

Marknadsdomstolen betonade dock bland annat att produkten såldes förpackad och att förpackningarna skilde sig markant åt. Av stor betydelse för denna slutsats var skillnaden i färgsättning och vare sig renommésnyltning eller efterbildning förelåg därför.

Hästens sängar hävdade i ett avgörande att en konkurrent, genom att använda liknande ruttmönster i samma färger som återfanns på Hästens sängar, gjorde sig skyldig till renommésnyltning, vilseledande efterbildning samt vilseledande om kommersiellt ursprung.<sup>212</sup> De två sistnämnda grunderna ogillades av domstolen därför att sängar utgjorde en sällanköpsvara som konsumenter betraktar noga innan köpet. Dessutom skyltades alltid väl med de olika företagsnamnen. Däremot ansågs renommésnyltning föreligga. Det blåvita ruttmönstret hade genom marknadsföringsåtgärder väckt stor uppmärksamhet och blivit välkänt bland allmänheten. Det ansågs att konkurrenten Skeidar utnyttjade detta kommersiella uppmärksamhetsvärde. Det bör noteras att domstolen påpekade att renomméet särskilt gällde det blåvita mönstret och utslaget hade säkerligen inte blivit detsamma om ruttmönstret var återgivet i en annan färg eller på ett annat sätt.

I ett avgörande som gällde förväxlingsrisk mellan förpackningar av rengöringsmedel uttalade domstolen att likheten i färgsättning på etiketterna, flaskorna och kapsylerna medförde att namnolikheten spelade mindre roll.<sup>213</sup> Trots att namnen var mycket olika (Ajax och Zak) ansågs därför att flaskorna var förväxlingsbara.

Ett ytterligare rättsfall som aktualiserade rollen av färganvändning gällde Vodafones marknadsföring av mobiltjänsten Live!<sup>214</sup> Företaget menade att Tele2, genom sin kampanj för tjänsten Comviq Go Live!, snyltade på Vodafones renommé. Särskilt fokus lades på användandet av en liknande röd färg, utropstecken och ordet live. Marknadsdomstolen konstaterade att den omfattande marknadsföringen tillsammans med marknadsundersökningar klarade att uttrycket live tillsammans med utropstecken och röd färg förvärvat ett kommersiellt renommé. Vidare ansåg domstolen att Tele2 genom att så tydligt och direkt anknyta till Vodafones tjänst måste anses ha utnyttjat dess goda renommé.

I Knorr-avgörandet,<sup>215</sup> som gällde buljongförpackningar, konstaterade domstolen att färgsättningen visserligen skilde sig åt i viss mån, men att dessa skillnader inte var påtagliga nog för att varaktigt sätta sig i minnet hos konsumenterna. Tvärtom skapade färgsättningen ett likartat helhetsintryck. Förpackningarnas utformning förhindrade inte detta intryck. Intressant var att domstolen i detta avgörande diskuterade färgers särpräglade funktion. Med hänvisning till äldre avgöranden<sup>216</sup> så konstaterades att användningen av en viss färg i och för sig inte kan ge särprägel. Knorrförpackningarna ansågs dock få en egen karaktär genom de olika färgerna, djuravbildningen och formen, varpå särprägel ansågs föreligga.

---

<sup>212</sup> MD 2000:25.

<sup>213</sup> MD 1983:3.

<sup>214</sup> MD 2005:20.

<sup>215</sup> MD 1995:9.

<sup>216</sup> MD 1990:3 och 1993:26.



Det finns utöver ovanstående exempel ytterligare rättsfall där färganvändning fått betydelse.<sup>217</sup>

## 5.4 Vilken plats har färger?

Som påpekats ovan så skyddar marknadsrätten marknadskonkurrensen som företeelse. Hänsyn tas inte till ett enskilt objekt, utan till helhetsbilden. Detta speglas också i exemplifierad praxis. I den helhet som kan rubba konkurrensen genom renommésnyltning eller vilseledande marknadsföring (termen används som samlingsbegrepp för vilseledande om kommersiellt ursprung och efterbildning) inryms naturligen färgsättning med dess inneboende uppmärksamhetsfunktion. Att färger har en självklar plats inom marknadsrätten bekräftas dessutom av att sådana uttryckligen nämns bland vad som innefattas i helhetsbedömningen av förväxlingsrisk. För att avgöra vilket skydd enstaka färger i sig har inom marknadsrätten, är det dock av betydelse att utvärdera *hur stor* vikt som vid olika situationer läggs vid färger.

I Whiskas-fallet hade en enstaka färg den framträdande rollen att talan i stor del var uppbyggd kring färgen. Färgen fungerade här inte enbart som kringfakta, utan var snarare huvudkomponent. Marknadsdomstolen avfärdade inte ett sådant skydd, men ställde stränga krav på att kännedom skulle bevisas. Masterfoods synes ha presenterat ganska svaga resultat i den genomförda marknadsundersökningen och specificerade dessutom inte vilka marknadsföringskostnader som nedlagts gällande färgen och förpackningarna.

I Vodafone-avgörandet föreligger en rad intressanta omständigheter. För det första gäller rättsfallet marknadsföringen av en tjänst och inte av en vara. Marknadsföringen som avses har genomförts i annonser etc. och framstår inte mot konsumenterna på samma sätt som en konkret produkt i en affär. Som påpekats tidigare är det just tjänsteföretag som gärna profilerar sig genom en enstaka färg i sig. Vidare har färgen röd, som är Vodafones kända företagsfärg, en framträdande roll i den aktuella marknadsföringen. Därutöver är det intressant att Marknadsdomstolen fastslog renommésnyltning med två stora företag involverade. I sådana situationer är det inte självklart att det ena företaget vill snylta på det andra företags anseende, eftersom detta torde vara vanligare när det handlar om en större och en mindre aktör. Att det rör sig om två stora företag är sannolikt anledningen till att vilseledande marknadsföring inte åberopades i någon form. Konsumenterna förväxlar troligen inte helhetsbilderna med två så distinkta och välkända namn. Vodafones röda färg spelade uppenbarligen stor roll som ett centralt moment i varför Tele2 ansågs anknyta till Vodafones tjänst. Färg är sannolikt en ännu viktigare del av helheten när det rör annonsering av en tjänst som inte kan särskilja sig genom utformningen av själva varan. Utgången hade säkerligen inte blivit densamma om Tele2 marknadsfört Comviq Go Live! i blå färg. Att skillnaden i färg kan ha avgörande betydelse för att exkludera både renommésnyltning och förväxling bekräftas av Åhus-

---

<sup>217</sup> Se exempelvis MD 2004:15 (putsmedel), MD 1983:18 (Expressen), MD 2002:20 (Champagnesmak), MD 2003:7 (Digestive) och MD 2006:7 (Godisbilar).

avgörandet. Den röda färgen var också av stor betydelse för att Vodafone lyckades visa att deras tjänst var förknippad med företaget och därmed känd.<sup>218</sup> Domstolen påpekade dock särskilt att det inte är förbehållet en enskild näringsidkare att använda röd färg, ord som live eller utropstecken i sin marknadsföring. Istället gäller förbudet just detta kombinerade utförande i samband med mobiltjänster.

Vissa slutsatser kan dras av det ovan sagda. Till en början kan sägas att rättsfallen bekräftar att färgsättningen spelar stor roll både för att skapa en särpräglad helhet och för att tillskapa ett kommersiellt renommé. Därmed spelar färg också stor roll för vilken helhet som anses förväxlingsbar och för om utnyttjandet av ett kommersiellt renommé anses föreligga. Hur stor roll som färgen spelar beror förstås på hur framträdande färgen är i marknadsföringen. Om färgen är synnerligen framträdande så är det större sannolikhet att just färgen är känd, och därmed att förväxlingsrisk och renommé ligger just i användningen av den. Att det genom marknadsrätten skulle existera ett skydd för färger i sig är däremot diskutabelt. Enkom en färg skulle mycket sällan anses vara särpräglad. Knorr-avgörandet och dess föregångare utesluter möjligheten helt. Avgörandet är dock från 1995 och den utveckling av särprägelkriteriet som beskrivits ovan, från en funktionalitetsbedömning till att närma sig varumärkesrättens särskiljningsförmåga, innebär att sådan förmåga sannolikt kan inarbetas. Precis som inom varumärkesrätten lär det dock ställas höga krav på sådan inarbetning och på likheten vid förväxlingsbedömningen. Renommé är möjligen lättare att visa på men det är likaledes svårt att skapa ett känt renommé och uppmärksamhet i en enstaka färg i sig, samt att dessutom fastställa att anknytning sker till detta renommé. I de flesta fall kan därför sägas att färgen måste figurera i samband med någonting annat, exempelvis något textelement eller en sekundärfärg. Hästens-avgörandet och Vodafone-avgörandet tyder på att utsikterna att vinna framgång i Marknadsdomstolen med en utmärkande färg som främsta element, är större genom en talan grundad på renommésnyltning än på vilseledande marknadsföring.

---

<sup>218</sup> Detta stöds av marknadsundersökningarna. Dessa visade att 43 % av de tillfrågade förknippade live! med Vodafone. När den röda färgen lades till så förknippade totalt 64 % av de tillfrågade live! med Vodafone.

## 6 Slutsatser

I kapitel 4 har analyserats de spörsmål som är karaktäristiska för varumärkesskyddet av färger i sig. Vidare har, i kapitel 3 och 5, redogjorts för det utrymme, eller bristen på utrymme, för färgskydd som redan finns i varumärkesrätten respektive marknadsrätten. Förhoppningen är att läsaren nu har den nödvändiga förståelsen för hur förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken ser ut, för hur Marknadsdomstolen i sin bedömning bevarar marknadskonkurrensen samt för vilka styrkor och svagheter som är förknippade med varumärkesskydd av färger i sig. Svaret på uppsatsens frågeställning skulle emellertid inte vara fullgott om inte också en jämförelse gjordes mellan de tre kapitlen för att förstå hur de relaterar till varandra. Syftet med jämförelsen är att, likt tre kalkerpapper som ligger på varandra, jämföra de tre skyddsformernas konturer och i vilka avseenden de överlappar respektive går utanför varandra. Efter en sådan jämförelse bör större visshet råda om huruvida varumärkesskyddet av färger i sig är ett värdefullt tillskott i immaterialrättsportföljen eller ett imagestärkande icke-skydd.

### 6.1 Jämförelse

Som poängterats i uppsatsens inledning så är det, p.g.a. ämnets komplexitet samt olika situationers unika förutsättningar, inte görligt att presentera ett allmängiltigt svar angående skyddet av färger. Slutsatserna dras därför nödvändigtvis utifrån de hypotetiska alternativ som analyserats i kapitlen ovan.

#### 6.1.1 Förhållandet mellan förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken och förväxlingsbedömningen av färger i sig

Jämförelsen startar naturligen med förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken kontra densamma av färger i sig. Som har konstaterats så finns det i förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken ett visst utvecklingsutrymme för färger som fungerar som kringfakta till de konventionella märkena. Dessutom har noterats att det är sannolikt att förväxlingsbedömningen av färger i sig innefattar även omgivande kännetecken såsom exempelvis ordmärken. Det är därför intressant att till en början fråga sig om det råder någon slags korrelation mellan varumärkesskyddet av konventionella märken respektive av färger, d.v.s. att skyddet av en färg i sig kräver en sådan helhetlig likhet att en förväxlingsbedömning av ett konventionellt varumärke hade givit skydd i vilket fall. Det kan väl utgå ifrån att skyddet av färger i sig rimligen innebär *någonting* nytt i jämförelse med tidigare rättsläge. Någon exakt korrelation kan därför uteslutas. Vid en förväxlingsbedömning av färger i sig kan tänkas att de omgivande kännetecknen inte behöver vara så lika som krävs i bedömningen av konventionella märken. I

den senare bedömningen måste ju de aktuella varumärkena vara mycket lika för att ens aktualisera en process och tillhörande förväxlingsbedömning. En process och förväxlingsbedömningen av en färg i sig initieras istället på den grunden att *färgerna* framstår som mycket lika. Det är därför också rimligt att färgen som själva skyddsobjektet, får en större betydelse för vad som anses innebära förväxlingsrisk i den sistnämnda bedömningen. En intressant fråga är då om färgerna behöver vara av exakt samma nyans eller om det räcker med förväxlingsbar likhet. Eftersom denna hypotes liknar en helhetsbedömning är det rimligt att kravet på färglikhet varierar i takt med likheten på de omgivande kännetecknen. Om omgivande kännetecken ska innefattas i förväxlingsbedömningen av färger i sig kan konstateras att färgmärkesinnehavare visserligen äger fördelen att större färghänsyn tas samtidigt som mindre hänsyn tas till omgivande kännetecken, i jämförelse med samma bedömning av konventionella varumärken. Emellertid ligger de båda bedömningarna inte påfallande långt ifrån varandra och detta oberoende av om förväxlingsbedömningen av konventionella märken inte alls tar hänsyn till färger i rollen som kringfakta, utan enbart bedömer skyddsobjektet, d.v.s. märket i sig. Därutöver är färgvarumärken förknippade med vissa element som gör dem sårbara, såsom utrymmet för ogiltighetsansökningar och tvånget att intrångsgöraren måste bevisa användning av färgen som ursprungsangivelse.

Alternativet till att omgivande kännetecken innefattas i förväxlingsbedömningen är att färgen i sig själv bedöms utan vidare prövning. Detta alternativ är på intet sätt uteslutet och kan innebära ett starkt skydd för en enstaka färg. Frågan som uppstår i anslutning till ett sådant förfaringsätt är emellertid huruvida färgen måste vara identisk eller om även närliggande nyanser kan anses vara förväxlingsbara. Som berörts ovan finns motstående argument mellan konkurrensintresset och genomsnittskonsumētens förmåga att uppfatta färgskillnader. Om skyddet omfattar enbart identisk färg så blir skyddsomfånget givetvis mycket snävt. Om sådan identitet inte föreligger, kan tänkas att en varumärkesinnehavare vågar pröva det utrymme för färg som beskrivits i förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken, under förutsättning förstås att helheten uppvisar stor likhet. Om skyddet istället inbegriper närliggande nyanser som ska spegla vad som uppfattas som förväxlingsbara av det mänskliga ögat så blir skyddsomfånget betydligt vidare, även om den exakta omfattningen är omöjlig att fastställa förrän färgen kommer till en domstolsprövning. Oavsett om färgen ensamt prövas i förväxlingsbedömningen kvarstår de sårbarheter som beskrivits ovan i form av utrymmet för ogiltighetsansökningar och bevisbördan att intrångsgöraren använder färgen som ursprungsangivelse.

Processen mellan Deutsche Telekom och Telia kan fungera som exempel för det som anförts ovan. Den avbildning som finns bilagd i Bilaga 1 kan först och främst jämföras med framställningen som gjorts i kapitel 3 angående förväxlingsbedömningen av konventionella varumärken. Även om en sådan möjligen kan ta hänsyn till omgivande färger så krävs stor likhet mellan de konventionella märkena för att överhuvud aktualisera en sådan bedömning. Sannolikt föreligger inte en sådan likhet i denna avbildning. Kanhända hade det fordrats att Telia som logotyp endast nyttjat ett T. Istället blir frågan hur en bedömning av färgerna i sig, som innefattar även om-

givande kännetecken, skulle falla ut. Denna korrelerar som påpekats knappast med föregående bedömning. Det kan därför tänkas att färglikheten får betydelse såtillvida att figurkännetecknen inte behöver vara fullt så lika. Exempelvis kan det räcka med att de båda använder ett karaktäristiskt T (även om Telia skriver ut hela sitt namn), att texten står i rosa samt är återgiven mot vit bakgrund. Ett alternativ är emellertid att identiska färger krävs, varpå förväxlingsbarhet inte föreligger här heller. Slutligen återstår en förväxlingsbedömning som endast innefattar färgerna. Krävs i sådant fall identitet mellan färgnyanserna föreligger inte heller i detta fall förväxlingsbarhet, men omfattas även närliggande nyanser, är sannolikheten stor för att förväxling är för handen, oavsett hur de båda företagens figurmärken är utformade.

## 6.1.2 Förhållandet mellan varumärkesrätten och marknadsrätten

Jämförs slutsatserna ovan med det marknadsrättsliga skyddet kan följande noteras. För det fall att även omgivande kännetecken ska ingå i förväxlingsbedömningen av färger i sig, så bör inte färgskyddet skilja sig särskilt markant från det skydd som kan uppnås genom marknadsrätten. Färger har som visats stor betydelse i marknadsrätten, både vad gäller bedömningen av renommésnyltning och vilseledande marknadsföring.

Precis som inom varumärkesrätten är det i anslutning till vilseledande marknadsföring en förväxlingsbedömning som ska företas. Marknadsrättens helhetsbedömning och samma bedömning av konventionella varumärken närmar sig som sagt varandra alltmer. Likheter mellan marknadsrättens helhetsbedömning och en förväxlingsbedömning av färger i sig som innefattar omgivande kännetecken, torde dock vara *ännu* större. Det som brukar anföras som den största skillnaden mellan marknadsrättens och varumärkesrättens förväxlingsbedömningar är att marknadsrättens helhetsbild tenderar att bli något vidare med större flexibilitet.<sup>219</sup> En efterbildning enligt marknadsföringslagen kan exempelvis förbjudas som vilseledande, oavsett om samma företeelse samtidigt är ett immaterialrättsligt intrång.<sup>220</sup> Som påpekats ovan är varumärkesrätten ett objektsskydd, medan marknadsrätten värnar om en marknadskonkurrens. Detta speglas också i marknadsrättslig praxis där en annan hänsyn tas till helheten och de färger som är framträdande i marknadsföringen. Vad förväxlingsbedömningen av färger i sig beträffar så är denna emellertid mer av en helhetsbedömning med mindre fokus på ord- och figurmärken, jämfört med samma bedömning av de konventionella varumärkena där dessa i sig är skyddsobjekten. Just färghänsyn har nämnts som en fördel med att använda marknadsrätten gentemot den traditionella varumärkesrätten,<sup>221</sup> varför möjligheten att varumärkesskydda en färg rimligen har suddat ut gränserna än mer just på färgområdet.

Inbegrips även renommésnyltning i jämförelsen så framstår ännu större likheter mellan marknadsrätten och varumärkesskyddet av färger i sig.

---

<sup>219</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 465.

<sup>220</sup> Bernitz m.fl., s. 253.

<sup>221</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 563.

Denna del av marknadsrätten fyller en *kompletterande* funktion gentemot efterbildning och vilseledande om kommersiellt ursprung. Återigen ska nämligen erinras om att när det gäller bedömningen av färger i sig så är färgen själva *skyddsobjektet*. Detta torde innebära att större vikt i många fall läggs vid färger i en förväxlingsbedömning av färger i sig som innefattar omgivande kännetecken, jämfört med marknadsrättens helhetsbedömning. I fall där just färganvändningen är framträdande, och helheten ansedd som förväxlingsbar enligt varumärkesrättens men inte enligt marknadsrättens förväxlingsbedömning, kan renommésnyltning utgöra grund för att marknadsrättsligt åtkomma företeelsen. Som bekant krävs då inte förväxlingsbarhet, utan endast att färgen och dess omgivning besitter tillräckligt anseende som det i det aktuella fallet föreligger tillräcklig anknytning till.

Om förväxlingsbedömningen av färger i sig istället baseras enbart på färgen så visar sig i vissa fall större skillnader gentemot marknadsrätten. Som påpekats ovan är det svårt att uppnå ett marknadsrättsligt skydd för färger i sig. Föreligger förväxlingsbar likhet mellan färgerna så behövs med detta förfarandesätt ingen närmare prövning göras av om helheten är förväxlingsbar eller om anknytning görs till renomméet. Ett sådant tillvägagångssätt innebär givetvis en klar fördel gentemot marknadsrätten, men värdet avgörs återigen till stor del av vad som anses vara förväxlingsbara färger. Om endast identiska färger innefattas i begreppet, så lär skyddet sällan bli tillämpligt. Marknadsrätten, med sitt större helhetsbeaktande, kan då användas i fall när färgidentitet inte föreligger. Innefattas istället närliggande färgnyanser i begreppet förväxlingsbarhet, så är varumärkesskyddet av färger i sig i många fall att föredra framför ett marknadsrättsligt förfarande.

Möjligheten att angripa färganvändning genom reglerna om renommésnyltning kan, som påpekats ovan, komplettera reglerna om vilseledande marknadsföring, och därmed närma marknadsrätten med varumärkesrätten. Renommésnyltning kan dock betyda mer än så. Denna rättsgrunds närmast gränslösa möjligheter till förbud<sup>222</sup> kan i vissa fall medföra ett färgskydd som går utöver även varumärkesskyddet av en enstaka färg. Renommésnyltning tar inte på samma sätt som förväxlingsbedömningarna, inom såväl marknads- som varumärkesrätten, hänsyn till referens och ursprung, utan snarare till mening och anspelning. Det är därför förväxlingsrisk inte är en förutsättning för renommésnyltning. Mening kan vara inrymt i image och företagsidentitet, och inte endast i traditionella känneteckensrättsliga objekt. Renommésnyltning kan därför prövas mot ett friare skyddsobjekt och det skyddsbara området blir större i samma utsträckning.<sup>223</sup> Detta medför att renommésnyltning kan föreligga när förväxlingsbarhet inte föreligger ens enligt förväxlingsbedömningen av färgen i sig.

Tillämpligheten vid skilda varuslag är ytterligare en aspekt där renommésnyltning för marknadsrätten mot en större likhet med, och vad gäller färg kanske till och med utöver, varumärkesrätten. Marknadsdomstolen har konsekvent vägrat låta regleringen kring vilseledande marknadsföring omfatta produkter i olika varuslag. Renommésnyltning å sin sida, kan aktualiseras i fråga om vitt skilda företeelser, således även utanför varuslagsgränserna. Som påpekats i uppsatsen är ett varumärkesrättsligt anseendeskydd

<sup>222</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 544.

<sup>223</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 561.

utanför varuslagsgränserna svåruppnåeligt för färger i sig, men det är sannolikt möjligt i vissa fall.

Processen mellan Deutsche Telekom och Telia kan fungera som exempel för det som anförts ovan. Studeras avbildningarna i Bilagorna 1 och 2, så kan avstamp tas i marknadsrättens regler om vilseledande marknadsföring. Vid en sådan bedömning kan tänkas att marknadsföringen inte anses vara vilseledande, eftersom helhetsintrycket och företagets storlek bidrar till att utesluta förväxlingsrisk.<sup>224</sup> Därefter kan avbildningarna underkastas en varumärkesrättslig förväxlingsbedömning av färg i sig varpå större färghänsyn tas. Däri är inte omöjligt att avbildningarna inte heller anses förväxlingsbara, vare sig bedömningen innefattar enbart färgerna<sup>225</sup> eller tillsammans med omgivande kännetecken. Deutsche Telekoms färg är uppenbarligen tillräckligt känd för att varumärkesregistreras, och bör också vara tillräckligt känd för att inneha ett kommersiellt renommé.<sup>226</sup> Renommésnyltning med sitt friare skyddsobjekt kan därmed, trots utebliven förväxlingsbarhet, anses vara för handen genom det sätt varpå Telia anknyter till Deutsche Telekoms färg, image och övrig marknadsföring.

Skulle skillnaderna mellan *färgnyanserna* hypotetiskt sett vara större kan marknadsrätten i allmänhet och renommésnyltning med dess friare skyddsobjekt i synnerhet, bli än viktigare redskap för att lyckas åtkomma konkurrerande färganvändning. Marknadsrätten skyddar den marknadsmässiga helheten och är inte främst inriktad på färgen som skyddsobjekt, som varumärkesskyddet av en färg i sig får anses vara. Med större skillnader mellan färgnyanserna blir det dock av större betydelse att helheten framstår som lika, för att renommésnyltning eller i vissa fall vilseledande marknadsföring skall anses föreligga.

Skulle *varuslagslikheten* hypotetiskt sett vara mindre kan sägas följande: Som påpekats ovan under avsnitt 4.7 så lär färger i sig svårligen aktualisera det utökade skyddet för väl ansedda varumärken som gäller även utanför det aktuella varuslaget. Renommésnyltning å sin sida tar som sagts ovan i större utsträckning hänsyn till mening och anspelning. Förväxlingsrisk är därför ingen förutsättning för regelns tillämplighet, utan det är anknytningen till en annan näringsidkares verksamhet som förbjuds. Även om varuslagslikhet inte är för handen kan snyltande anknytning fortfarande förekomma och renommésnyltning därmed utgöra ett viktigt redskap för att åtkomma konkurrerande färganvändning i sådana situationer. Med större skillnader mellan de aktuella varorna, och med tanke på svårigheten för färger i sig att inneha ett renommé, blir det dock av större betydelse att färgnyanserna, samt möjligen också helheten i övrigt, uppvisar stor likhet.

Det finns även skillnader mellan marknadsrätten och varumärkesrätten som inte har med skyddsomfånget av en färg att göra, utan som snarare

---

<sup>224</sup> Resonemanget synes vara i överensstämmelse med Hästens-avgörandet och Vodafone-avgörandet. Hästens vann ingen framgång på grunden om vilseledande marknadsföring, utan genom renommésnyltning. Vodafone anförde endast renommésnyltning.

<sup>225</sup> Detta lär vara mindre troligt om förväxlingsbarhet även innefattar närliggande nyanser, då det svårligen går att argumentera emot att Telias och Deutsche Telekoms nyanser är närliggande. Renommésnyltning får dock fortfarande betydelse i övriga anförda fall.

<sup>226</sup> Författaren är givetvis medveten om att just Deutsche Telekom p.g.a. sin begränsade verksamhet i Sverige kan få svårt att visa på tillräcklig kännedom. Företaget används dock för att generellt exemplifiera möjligheterna för en färg som är mycket känd.

har bäring mer generellt på möjligheterna att skydda en färg, tillgängliga sanktioner samt tidsåtgång. Dessa skillnader beskrivs kortfattat nedan och innebär fler aspekter att överväga innan beslut fattas om vilken väg som är mest passande att gå för att skydda sin färg i de fall när både marknadsrätten och varumärkesrätten är tillämplig.

En avgörande skillnad mellan marknadsrätten och varumärkesrätten vad gäller möjligheten att skydda en färg ligger i deras respektive syfte. Marknadsrätten med dess fokus på marknadskonkurrensen skyddar kända marknadsföringsföreteelser. Detta innebär att ingen föregående registrering krävs och en sådan kan då självklart inte heller angripas i en process. Inte heller är det marknadsrättsliga skyddet begränsat till symboler och ursprungsbeteckningar, varpå det även kan skydda färger som har en kännetecknande roll i marknadsföringen, men som endast används i utsmyckande syfte.<sup>227</sup> Marknadsrätten kan därför i många fall vara bättre avpassad för den specifika situationen och en färg behöver i sådant fall inte passas in i de rekvisit som krävs för varumärkesrättsligt skydd. Just det vanskliga registreringsförfarandet och svårigheterna att uppfattas som ursprungsbeteckning är de största svagheterna som är förenade med varumärkesskyddet av färger i sig. Jämfört med marknadsrätten innebär å andra sidan varumärkesrättens skydd av en abstrakt färg ett mer generellt skydd som inte är begränsat till något specifikt användningsätt eller användningsområde. Marknadsdomstolen uttalade exempelvis i Vodafone-avgörandet att endast den föreliggande utformningen av marknadsföringen var förebehållen Vodafone. I synnerhet om förväxlingsbedömningen omfattar endast färgen i sig och intrång anses föreligga även genom användning av närliggande nyanser, så innebär varumärkesskyddet ett mycket generellt skydd som omfattar olika former och användanden. Vad angår gemenskapsvarumärken får skyddet av färger i sig också en stor geografisk spridning.

Varumärkesrätten och marknadsrätten innehar båda en förbudssanktion. Vad gäller vilseledande marknadsföring och varumärkesintrång så finns även skadestånd tillgängligt som sanktion. Renommésnyltning däremot åtkoms endast genom generalklausulen<sup>228</sup> och sanktioneras endast genom ett förbud mot att fortsätta med den otillbörliga marknadsföringen. Skadeståndsmöjligheterna vid goodwillskador är betydelsefulla<sup>229</sup> och finns olika vägar att gå, bör sanktionsmöjligheterna övervägas extra noga.

Därutöver innebär en process i Marknadsdomstolen ett eninstansförfarande eller, om utöver förbud också yrkas skadestånd, ett tvåinstansförfarande (Stockholms tingsrätt och Marknadsdomstolen). Varumärkesprocesser förs istället i allmän domstol vilket innebär ett vanligt treinstansförfarande. Det är i svensk rätt inte möjligt att kumulera marknadsrättsliga frågor med varumärkesrättsliga sådana i ett och samma mål.<sup>230</sup> Tidsaspekter och sannolikheten för en lyckad utgång bör alltså övervägas innan en process initieras.

Används återigen Deutsche Telekom och Telia som exempel kan observeras följande. Betraktas avbildningen i Bilaga 1 så har Deutsche Te-

---

<sup>227</sup> Nordell, Varumärkesrättens skyddsobjekt, s. 563.

<sup>228</sup> Det har diskuterats om inte all snyltning innebär någon form av jämförande. Se not 199 ovan.

<sup>229</sup> Nordell, Marknadsrättens goodwillsskydd, s. 150.

<sup>230</sup> Bernitz m.fl., s. 253 f.



lekom onekligen en poäng i att färgerna är mycket lika. Omfattningen av varumärkesskyddet är dock oklart med anledning av exempelvis osäkerheten om närliggande färgnyanser ingår i skyddet och om omgivande kännetecken innefattas i förväxlingsbedömningen. Resultatet av en sådan process är därmed oklart. Färghänsynen inom marknadsrätten är klarare och bedömningen kan i större utsträckning förutses. Marknadsrätten framstår därmed som mer passande för den specifika situationen.<sup>231</sup> Vid en sådan process behöver Deutsche Telekom inte heller fastställa att Telia använder sin färg som en ursprungsangivelse. Kanske viktigast av allt, i en marknadsrättslig process hade Deutsche Telekom inte heller behövt riskera att förlora sitt färgvarumärke i ett ogiltighetsförfarande vid OHIM.

## 6.2 Konsekvenser

Även vid redogörelsen för tänkbara konsekvenser som kan emanera ur varumärkesskyddet av färger i sig, är det naturligen nödvändigt att arbeta utifrån ett flertal tänkbara hypoteser.

Skulle ett sådant skydd ta den bredaste skepnad som föreslagits ovan, skulle det sannolikt ha en hindrande effekt på konkurrensen. För det första har anförts att antalet färger som kan användas som varumärken uttöms och bli monopoliserade av ett fåtal aktörer. Konkurrerande aktörer kan ju inte heller undvika att begå intrång genom att använda distinktiva omgivande kännetecken, eftersom dessa inte tas någon hänsyn till. Dessutom kan konkurrenter svårligen veta exakt vilka färgnyanser som innebär intrång därför att närliggande nyanser också innefattas i skyddet.<sup>232</sup> Ett färgskydd som går utöver den exakta nyans som registrerats kan också medföra en problematisk överlappning mellan konkurrerande färgmärken och en splittning mellan administrativ och judiciell praxis. Två färgnyanser som framstår som liknande men ändå icke-identiska, kan föräras en varumärkesregistrering båda två under förutsättning att de uppfyller förutsättningarna. När deras färger sedan figurerar i en intrångsprocess i domstol, så kan den enes färgnyans innefattas i skyddet av den andres, och de båda färgmärkena överlappa varandra. Ett brett färgskydd kan dessutom medföra att redan etablerade företag förhindras att expandera till nya verksamhetsområden och att en bransch därmed stängs för konkurrens. Det kan exempelvis tänkas att två företag bedriver verksamhet under mycket kända färger inom skilda branscher. Betänk sedan att det ena eller andra företaget vill utvidga sin verksamhet under samma färgförknippade varumärke, till att omfatta även varor eller tjänster i det andra företagens bransch. Denna utvidgning förhindras om den senare företaget innehar ett färgvarumärke med brett skyddsomfång utan hänsyn till omgivande kännetecken.<sup>233</sup> Denna problematik kan givetvis

---

<sup>231</sup> Som noterats i not 226 är författaren givetvis medveten om att just Deutsche Telekom p.g.a. sin begränsade verksamhet i Sverige kan få svårt att visa på tillräcklig kännedom för marknadsrättsligt förbud. Företaget används dock för att generellt exemplifiera möjligheterna för en färg som är mycket känd.

<sup>232</sup> Lunell, 147.

<sup>233</sup> Pearce, Trademark World, 2004, s. 13. Situationen aktualiserades i England där både telekommunikationsföretaget Orange och tillhandahållaren av olika lågprisprodukter Easy-

aktualiseras även beträffande figur- eller ordmärken, men problemet synes större för färger p.g.a. deras avsaknad av detaljerade element.

Är färgskyddet istället av den snävaste skepnad som föreslagits ovan blir konsekvenserna mindre, men inte obetydliga. Förutsättningarna för att uppnå varumärkesskydd för en färg är naturligen störst för stora aktörer med tanke på de krav som ställs på inarbetning. Ett företag med en stark identitet i en specifik färg, som därtill är skyddad som varumärke, kan använda detta varumärke för att hålla marknaden fri från liknande färger. Även om färgskyddet är snävt, finns stor risk att små och medelstora företag viker sig utan att processa om saken inför ett skarpt formulerat varningsbrev.<sup>234</sup> Ett snävt skydd kan också få konsekvenser för varumärkesrätten i stort. Innebär ett sådant skydd till största delen stärkt image för dess innehavare blir frågan: ska varumärkesrätten verkligen tillhandahålla sådana verktyg? Varumärkesrätten ska ju tillhandahålla fungerande ensamrätter för att stimulera fungerande konkurrens. Som påpekats redan i inledningen ifrågasätter allmänheten färgskyddets existensberättigande. Likt vad som skett inom upphovsrätten<sup>235</sup> så kan skyddet för varumärken undergrävas om de mest skilda företeelser omfattas och skyddet mest fungerar som en imagestärkare.

---

Group, bedrev verksamhet under liknande orange färger. EasyGroup önskade starta upp mobiltelefonverksamhet, men stötte på hinder när Orange motsatte sig detta. Frågan var på väg upp i domstol, men löste sig när EasyGroup lade planerna på hyllan tillsvidare.

<sup>234</sup> Davis, s. 42.

<sup>235</sup> Levin, s. 64.

## 7 Är varumärkesskydd av färger i sig ett värdefullt tillskott till immaterialrättsportföljen eller ett imagestärkande icke-skydd?

När jämförelsen ovan nu är gjord kan följande konklusioner göras angående värdet av varumärkesskyddet av färger i sig. Svaret på frågeställningen ligger väl egentligen någonstans mittemellan *värdefullt* och *icke-skydd*. Som framgått är det närmast omöjligt att säga hur färgmärken framgent kommer att betraktas i domstolarna och vilka närliggande nyanser som kommer att anses vara förväxlingsbara. Det kan dock slås fast att såvida inte den skyddade färgen betraktas ensam, utan hänsyn till omgivande kännetecken, och skyddet även omfattar intilliggande nyanser, så är färgskyddet relativt svagt. Här bör dock påpekas att de rättsfall ur utländsk praxis som redogjorts för, faktiskt har medgivit just ett sådant starkt färgskydd. Rättsfall rörande intrång i färgmärken är dock fåtaliga och domstolarna i dessa avgörande har tydligt strävat efter att ge färgskyddet ett meningsfullt innehåll. När sådana processer blir vanligare och konsekvenserna tydligare, och om EG-domstolen möjligen vägleder, så kanske en annan riktning utkristalliseras. Att skydd som ter sig på annat sätt än ovan sagda är att betrakta som svagt, understryks av att sådant färgskydd för svensk del till stor del redan har sin motsvarighet i marknadsrätten och möjligen också i varumärkesrätten.

Oavsett vilken omfattning varumärkesskyddet av en abstrakt färg har så är ett sådant skydd dessutom förenat med en rad svagheter. Till att börja med är det svårt att förutse hur en tvist kommer att falla ut och om den intrångsgörande färgen kommer att anses vara förväxlingsbar. Den exakta omfattningen av en skyddad färg avgörs inte förrän färgen hamnar i domstol. Vidare så kan en process aktualisera angrepp på färgregistreringen. I en process är det därutöver vanskligt att visa på att den påstådde intrångsgöraren brukar färgen som en ursprungsangivelse. Att processa är mycket kostsamt och en process är p.g.a. det ovan framförda ett osäkert förlopp. Den kan få som konsekvens att märkeshavaren står med stora rättegångskostnader, ett kvitto på att skyddet är smalt, och i värsta fall att färgmärket blivit ogiltigförklarat. Rädsla för en sådan utgång kan medföra att en färgmärkes-havare drar sig för att processa om en färg.

Sammantaget måste slutsatsen bli följande: Innan svaret på de många obesvarade frågor som finns i anslutning till färgskyddet har utkristalliserat sig, så bör *försiktighet* iakttas innan färgskyddet utropas till något immaterialrättsligt värdefullt, och till någonting annat än en imagestärkare som mest stärker den identitet som ligger i företagets användning av den aktuella färgen.

# Bilaga 1

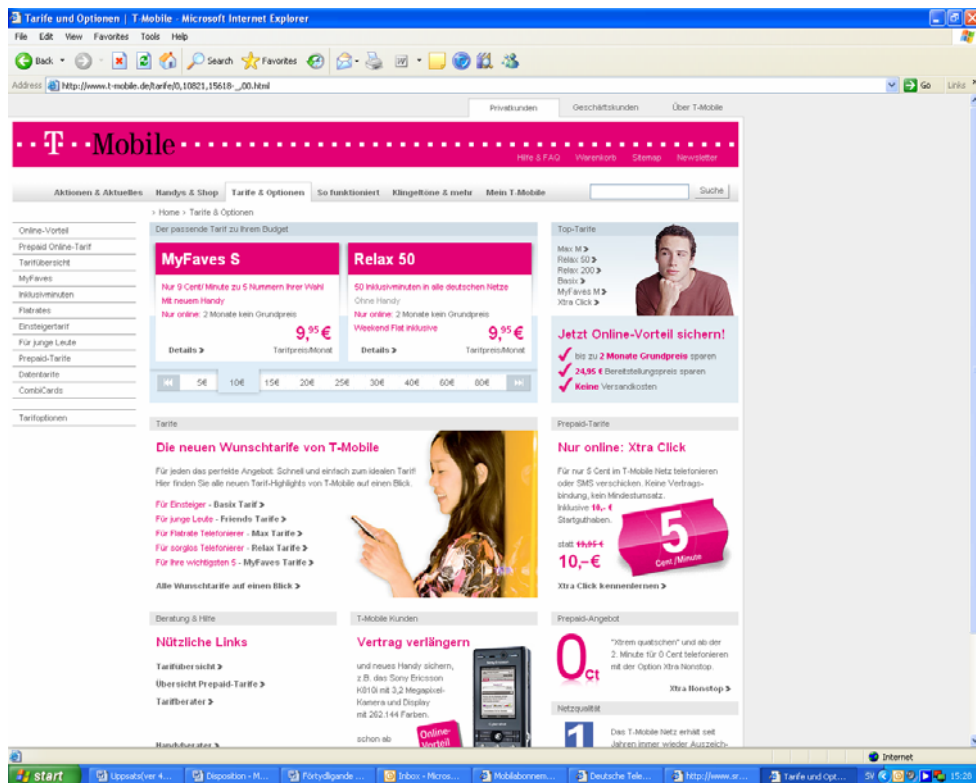


Bilden från <http://www.e24.se>

# Bilaga 2



Skärmdump från <http://www.telia.se>



Skärmdump från <http://www.t-mobile.de>

# Käll- och litteraturförteckning

## *Offentligt tryck*

NJA II 1960.

Prop. 1992/93:48. EES-avtalet och immaterialrätten.

SOU 1958:10. Förslag till varumärkeslag. Betänkande av Varumärkes- och firmautredningen

SOU 2001:26. Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen

## *Litteratur*

Arden, Thomas P.: Protection of Nontraditional Marks: Trademark Rights in Sounds, Scents, Colors, Motions and Product Designs in the U.S., International Trademark Association 2000

Bartow, Ann: Trademarks, Commodization, Gender and the Color Pink, Circulation draft of 1/31/08, tillgänglig på <http://www.chicagoip.com/pinkdraft.pdf> (februari 2008)

Bernitz, Ulf/Karnell, Gunnar/Pehrson, Lars/Sandgren, Claes: Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, tionde upplagan, Jure förlag 2007

Blondeel, Paul: Absolute grounds for refusal: colour marks, tillgänglig på: <http://uami.eu.int/EN/office/ejs/pdf/Blondeel%20EN.pdf> (februari 2008)

Burrell, Robert/Handler, Michael: Making Sense of Trademark Law, Intellectual Property Quarterly 2003, s. 388-410

Bye, Christian: Färgen som varumärke, Brand News nummer 1 2001, s. 36-47.

Cohen, Eva (redaktör): Färg, doft och ljud – viktiga delar i varumärkesbyggande, Idévärlden nummer 1 2003 (kundtidning från Albihns), s. 3

Creating a Protectable and Marketable Trademark (författare okänd), tillgänglig på: <http://www.registeringatrademark.com/protectable-marketable-trademark.shtml> (mars 2008)

Davis, Jennifer: The Need to Leave Free for Others to Use and the Trade Mark Common, I Trademark Use, Editors Philips, Jeremy/Simon, Ilanah, Oxford University press 2005, s. 29-45

Dawson, Norma: The Power of Colour in Trademark Law, European Intellectual Property Review 2001, s. 383-388

Ebert, Lawrence B.: Trademark Protection: Do it by the Numbers!, The Trademark Reporter 1994, s. 379-521

Farrahi, Nina: Marknadsundersökningar inom varumärkesrätten, NIR 2006, s. 436-462

Gilson, Jerome/Gilson LaLonde, Anne: Cinnamon Buns, Marching

- Ducks and Cherry-Scented Racecar Exhaust: Protecting Nontraditional Trademarks, *The Trademark Reporter* 1995, s. 773-824
- Hiddleston, Mark: Trading on a Colour, *IP Review Issue* 12 2005, s. 25
- Hård, Anders/Küller, Rikard/Sivik, Lars/Svedmyr, Åke: Färgantologi bok 2: upplevelse av färg och färgsatt miljö, Statens råd för byggnadsforskning 1995.
- Landau, Michael B.: Trademark Protection for Color Per Se After *Qualitex Co. v. Jacobson Products Co.*: Another Grey Area in the Law, *UCLA Entertainment Law Review* 1 1995, s. 1-61
- Levin, Marianne: Lärobok i immaterialrätt, nionde upplagan, Norstedts juridik 2007
- Lunell, Erika: Okonventionella varumärken: form, färg, doft, ljud, Norstedts juridik 2007
- Nilson, KG: Färglära, Bonnier Fakta 1982
- Nordell, Per Jonas: Marknadsrättens goodwillskydd, *Mercurius* 2003
- Nordell, Per Jonas: Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens, *Mercurius* 2004
- Pearce, Mark: The Future's Bright, The Future's Easy Mobile, *Trademark World Issue* 171 2004, s. 10-13
- Putz-Poulalion, Marc; O2 gives Deutsche Telekom Magenta Blues, 4 september 2007, tillgänglig på: <http://servicemarks.blogspot.com/2007/09/deutsche-telekom-magenta-blues.html> (februari 2008)
- Roth, Melissa E.: Something Old, Something New, Something Borrowed, Something Blue: A New Tradition in Nontraditional Trademark Registrations, *27 Cardozo Law Review* 2005, s. 457-495
- Schulze, Charlotte: Registering Colour Trademarks in the European Union, *European Intellectual Property Review Issue* 2 2003, s. 55-67
- Sokolow, Irene: Telejättar i strid om färg, E24, 11 september 2007, tillgänglig på: [http://www.e24.se/bransch/ittelekom/artikel\\_140509.e24?offset=3&maxcount=3#articlecomments](http://www.e24.se/bransch/ittelekom/artikel_140509.e24?offset=3&maxcount=3#articlecomments) (februari 2008)
- Wessman, Richard: Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten, *Norstedts juridik* 2002
- Wood, Ian/Bagnall, Mary: Green light for colours?, *Trademark World Issue* 180 2005, s. 32-35

### ***Rättsutlåtanden***

- Kur, Annette: Rättsutlåtande i anslutning till den Danska tvisten Deutsche Telekom ./ . Telia Sonera (Sö- og Handelsretten, sag V-0073-07)
- Schovsbo, Jens: Rättsutlåtande i anslutning till den Danska tvisten Deutsche Telekom ./ . Telia Sonera (Sö- og Handelsretten, sag V-0073-07)

### ***Övrigt***

- OHIM-statistik, Tillgänglig på [http://oami.europa.eu/pdf/office/SSC009-Statistics\\_of\\_Community\\_Trade\\_Marks\\_2007.pdf](http://oami.europa.eu/pdf/office/SSC009-Statistics_of_Community_Trade_Marks_2007.pdf) (februari 2008)

# Rättsfallsförteckning

## *Högsta domstolen*

NJA 1995 s. 635 (Galliano I)

NJA 1998 s. 179 (Netscape)

NJA 1998 s. 474 (Volvoservice)

NJA 2003 s. 163 (Jägarbrännvin)

## *Stockholms tingsrätt*

Mål nr T 22193-07 (Magenta)

## *Regeringsrätten*

Den 6 oktober 2000, mål nr 5006-5014-1997 (Thorsman-pluggen)

## *Patentbesvärsrätten*

Den 27 juni 1997, mål nr 95-573 (Thorsman-pluggen)

Den 18 mars 2005, mål nr 03-088 (Löfbergs Lila)

## *Marknadsdomstolen*

MD 1983:3 (Ajax I)

MD 1983:18 (Expressen)

MD 1990:3 (Liljeholmen)

MD 1993:26 (Hemglass)

MD 1995:9 (Knorr)

MD 2000:25 (Hästens I)

MD 2002:20 (Champagnesmak)

MD 2002:27 (Glasstårta)

MD 2003:7 (Digestive)



MD 2003:13 (Knäckebröd)

MD 2004:6 (Telefonkatalog)

MD 2004:15 (Putsmedel)

MD 2005:13 (Whiskas)

MD 2005:20 (Live!)

MD 2006:7 (Godisbilar)

### ***EG-domtolen***

Den 11 september 1997, mål C-251/95 (Puma)

Den 16 juli 1998, mål C-210/96 (Gut Springheide & Tusky)

Den 29 september 1998, mål C-39/97 (Canon)

Den 4 maj 1999, de förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee)

Den 22 juni 1999, mål C-342/97 (Lloyd)

Den 14 september 1999, mål C-375/97 (Chevy)

Den 12 december 2002, mål C-273/00 (Sieckmann)

Den 9 januari 2003, mål C-292/00 (Davidoff)

Den 20 mars 2003, mål C-291/00 (LTJ Diffusion)

Den 6 maj 2003, mål C-104/01 (Libertel)

Den 24 juni 2004, mål C-49/02 (Heidelberger Bauchemie)

Den 7 juli 2005, mål C-353/03 (HAVE A BREAK)

### ***Förstainstansrätten***

Den 30 mars 2000, mål T-91/99 (Options)

Den 27 februari 2002, mål T-219/00 (Ellos)

Den 9 oktober 2002, mål T 173/00 (KWS Saat)

## ***OHIM***

Decision of the Third Board of Appeal of 12 February 1998, Case R 7/97-3 (Orange)

Decision of the Third Board of Appeal of 18 December 1998, Case R 122/1998-3 (Wrigley's light green)

Decision of the Third Board of Appeal of 20 July 1999, Case R 5/1999-3 (Cobalt blue)

## ***Danmark***

Sö- og Handelsretten, sag V-0073-07 (Magenta)

## ***Nordirland***

BP Amoco Plc v. John Kelly Ltd [2002] FSR 5; [2001] NICA 3

## ***Tyskland***

Bundesgerichtshof 4 september 2003, I ZR 23/01 och 4 september 2003, I ZR 44/01 (Magenta)