



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Sophie Hulgaard

Rätt in i örat.

En studie av ljudmärken i förhållande till den  
varumärkesrättsliga registreringsprincipen.

Examensarbete  
20 poäng

Handledare: Katarina Olsson

Immaterialrätt

VT 2004

# Innehåll

<b>INNEHÅLL</b>	<b>2</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Teori och terminologi	9
1.5 Metod	10
1.6 Material	10
1.7 Disposition	12
<b>2 VARUMÄRKESRÄTTENS FRAMVÄXT OCH KONTEXT</b>	<b>13</b>
2.1 Ett historiskt perspektiv	13
2.2 Varumärken i det moderna samhället	15
2.2.1 Varumärkets funktion på marknaden	15
2.2.2 Ljud som varumärken	17
2.3 Varumärkesrättens internationella dimension	20
2.3.1 Internationella konventioner och avtal	20
2.3.2 Gemenskapsrätt	21
2.3.3 Varumärkesskydd med täckning för Sverige	22
<b>3 REGISTRERING AV LJUDMÄRKEN</b>	<b>24</b>
3.1 Värdet av varumärkesskydd genom registrering	24
3.2 Registreringens föremål	25
3.3 Ljudmärken och kravet på grafisk återgivning	27
3.3.1 Kravet på grafisk återgivning	27
3.3.2 Kravet på grafisk återgivning avseende melodiska ljud i svensk praxis	27
3.3.3 Kravet på grafisk återgivning avseende melodiska ljud i gemenskapsrättslig praxis	29

3.3.4	Kravet på grafisk återgivning avseende övriga ljud	31
<b>3.4</b>	<b>Ljudmärken och kravet på särskiljningsförmåga</b>	<b>33</b>
3.4.1	Kravet på särskiljningsförmåga	33
3.4.2	Kravet på särskiljningsförmåga avseende melodiska ljud i svensk praxis	36
3.4.3	Kravet på särskiljningsförmåga avseende melodiska ljud i gemenskapsrättslig praxis	38
3.4.4	Kravet på särskiljningsförmåga avseende övriga ljud	39
<b>3.5</b>	<b>Ljudmärken och förväxlingskriteriet</b>	<b>40</b>
3.5.1	Förväxlingskriteriet	40
3.5.2	Förväxlingsbarhet i fråga om ljud	41
3.5.3	Likhetsbedömningen mellan nya objekt och äldre rättigheter	43
<b>4</b>	<b>DISKUSSION</b>	<b>46</b>
<b>4.1</b>	<b>Ensamrättskonstruktionen</b>	<b>46</b>
<b>4.2</b>	<b>Frågan om ljudmärkens registrerbarhet och skyddets omfattning</b>	<b>47</b>
4.2.1	Kravet på särskiljningsförmåga – tämligen oproblematiskt	48
4.2.2	Kravet på grafisk återgivning – kontroversiellt och debatterat	49
4.2.3	Varumärketsskyddets omfattning – svåra gränsdragningar	50
<b>5</b>	<b>AVSLUTANDE KOMMENTARER</b>	<b>52</b>
	<b>LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>54</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>57</b>

# Sammanfattning

Uppsatsen behandlar frågan om ljud kan registreras som varumärken. Så var det emellertid inte från början. Det var endast sådana ljud som kunde uppfattas visuellt som kunde registreras, eftersom de traditionella varumärkena utgjordes av märken som applicerades på varorna. I takt med att tekniken har utvecklats har ljud börjat användas i marknadsföringssyfte och det har uppstått behov av att kunna skydda ljudmärken genom att registrera dem som varumärken. Eftersom lagstiftningen fortfarande är präglad av den traditionella synen på varumärken har de krav som ursprungligen utarbetades för att tillämpas vid registrering av visuella märken även kommit att gälla i fråga om ljud.

Det har emellertid visat sig vara ganska problematiskt för den som ansöker om ett ljudmärke att uppfylla kraven för registrering. Det gäller särskilt i fråga om kravet på att varumärken skall kunna *återges grafiskt* för att vara registrerbara. I svensk och gemenskapsrättslig praxis har det uttalats att noter och sonogram är godtagbara sätt att återge ljud grafiskt. Det gör emellertid bedömningen av vad som egentligen utgör själva märket ganska svår. För det första ger noter utrymme för en konstnärlig tolkning, vilket innebär att gränserna för vad som *omfattas av varumärkesrättsligt skydd* blir oklara i det konkreta fallet. För det andra blir *rättssäkerhetsaspekten* problematisk, eftersom tredje man inte kan utläsa, eller i vart fall inte kan utläsa exakt, hur märket låter utifrån den bild som återger det.

I uppsatsen argumenteras det för att ljud, som ju är audiella och ägnade att uppfattas med *hörseln*, inte bör omfattas av kravet på *grafisk återgivning*. Den lämpligaste lösningen vore istället att utnyttja den medieteknik som har givit upphov till behovet av att registrera ljud. I ansökan kan - och bör då också - ljudmärket återges i form av en inspelning, medan kungörelsen av ljudmärket bör kunna ske på Internet.

# Förord

*”Allt tyder på att ökningen kommer att fortsätta, och att det om tjugo år blir ännu bullrigare än idag.”*

Ludvig Rasmusson i *Håll ögonen öppna! Och öronen. En lärobok i konsten att iakttaga.*

Med föreliggande arbete avslutar jag mina studier i juridik vid Lunds universitet. Det känns som om det var helt nyligen som jag, med Folke Grauers gröna övningsbok i den ena handen och en begagnad lagbok i den andra, begav mig ner till spettkakornas förlovade land. Ett antal lagböcker har förbrukats sedan dess och nu är det dags att bryta upp. Innan jag ger mig av är det emellertid några jag vill tacka. Först vill jag rikta ett stort tack till min handledare, universitetslektor Katarina Olsson, för stöd och uppmuntran i arbetet. Jag vill också tacka adj. professor och chefredaktören för NIR, Per Jonas Nordell för motivation i inledningsfasen. Jag vill även tacka mitt ”bollplank”, biträdande jurist Jens Kinnander på Mannheimer Swartling, för givande tankeutbyten. Vidare vill jag framföra ett stort tack för hjälpen med att ta fram aktuellt material till Anton Blomberg på Design- och varumärkesavdelningen på PRV och registrator Anna Krejci på PBR.

Slutligen vill jag framföra min uppriktiga tacksamhet till några som står mig särskilt nära. Min älskade Mikael, tack för att Du har stått ut! Trots långa dagar på MAS har Du ställt upp på ett sätt som jag inte vågat drömma om. I gengäld har Du fått lära Dig allt om ljudmärken! Tack mamma, pappa, farmor, Inger och Marcus för att Ni finns och stöttar mig! Tack pappa, för espressomaskinen. Den har kommit väl till pass och hållit mig - och granarna - vakna sena timmar. Tack, söstra mi, för att Du har delat med Dig av Ditt sunda förnuft. Ett stort tack till familjen Forslund, särskilt kusin Anne, och familjen Kling-Ygberg. Tack också, alla mina vänner: Karin, Jenny, Maria, Louisorna, Petter, Munira, Sofia och Caroline, för att Ni inte har givit upp hoppet om mig, trots att jag på senare tid valt att umgås mer med mina böcker än med Er. Jag vill också tacka mina förebilder mormor, morfar, farfar och Astrid, som sitter på varsitt moln och tittar ner. Till sist vill jag tacka Vincent, min söta katt och ögonsten, som fortfarande kan sitta, ligga, rulla runt, pussa matte och ge vacker tass (!) trots att övningstillfällena varit få när matte befunnit sig drygt 20 mil ”hemifrån”...

Lund i maj 2004, när magnoliorna har blommat ut.

*Sophie Hulgaard*

# Förkortningar

EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association
EG	Europeiska Gemenskapen
EGD	Europeiska Gemenskapens domstol
EGF	Amsterdamfördraget (det nya europeiska fördrag som antogs av Europeiska rådet i Amsterdam den 16-17 juni 1997 och som undertecknades den 2 oktober 1997 för att träda i kraft den 1 maj 1999)
EG-VmF	Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken
EU	Europeiska Unionen
FN	Förenta Nationerna
GATT	General Agreements on Tariffs and Trade
IKL	1931 års lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (1931:152)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
OHIM	Office of Harmonisation for the Internal Market (Trademarks and Designs), Alicante.
PK	Pariskonventionen (Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle) från år 1883
Prop.	Proposition
PBR	Patentbesvärslagen
PRV	Patent- och registreringsverket
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
STIM	Svenska Tonsättarens Internationella Musikbyrå
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade in Counterfeit Goods
VmD	Rådets första direktiv av den 21 december 1988 om tillnärningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (89/104/EEG)
VmF	Varumärkesförordning (1960:648)
VmL	Varumärkeslag (1960:644)
WIPO	World Intellectual Property Organization (Världsorganisationen för den intellektuella äganderätten)
WTO	World Trade Organization

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

När Hemglassbilens signaler ekar mellan husen vattnas det i munnen på envar som hör den, samtidigt som barnen börjar bearbeta sina föräldrar för att få glass. Alla som någon gång bott längs Hemglassbilens väg vet väl att den något högljudande melodin kommer från den blå lastbilens högtalare, men det är nog ganska få som känner till att den utgör det första *registrerade ljudvarumärket* i Sverige. Under senare år har det blivit allt vanligare att använda sig av ljud i reklam för olika varor. Det kan förklaras med att den traditionella, tryckta, reklamen fullkomligt väller ut över de potentiella köparna. Tidningarna fylls av budskap om vad som säljs, och till vilket pris, och det kryllar av bokstäver och siffror, som vore de fotsoldater i ett trycksvärtans myrornas krig. De enskilda företagen kan inte längre nå ut till sina kunder enbart med *visuella kännetecken* och för att göra sina röster hörda söker de nya vägar att marknadsföra sig. De finner lösningen i den moderna medietekniken och utnyttjar *ljudkännetecken* i reklamen.

Det finns många exempel på hur företag använder sig av musik och andra ljud i syfte att utmärka sig i mediebruset, men endast ett fåtal av de audiella kännetecknen är registrerade som varumärken, trots att det numera är i vart fall *teoretiskt möjligt* att erhålla ensamrätt även till ljud. Tyvärr har inte juridiken hunnit ikapp verkligheten i detta avseende. Den traditionella uppfattningen att endast visuella kännetecken kunde utgöra varumärken lyser fortfarande igenom, trots att lagen är ändrad och att det som förut inte var tillåtet numera är möjligt att uppnå. Steget mellan möjligt i teorin och möjligt i praktiken är emellertid ganska stort och det råder för närvarande oklarhet i fråga om hur lagen skall tolkas.

Den traditionella uppfattningen att inga andra kännetecken än sådana som kunde uppfattas med synsinnets hjälp kunde utgöra varumärken kvarstod, trots att den inte längre svarade mot de *reella behoven*. Det ansågs att det skydd som kunde erhållas genom *inarbetning* var tillräckligt för audiella kännetecken. Till följd av förberedelserna inför Sveriges medlemskap i EG kom den svenska inställningen omsider att ändras. Varumärkeslagen (VmL) reviderades genom en implementering av *det EG-rättsliga varumärkesdirektivet* (VmD). Enligt direktivets lydelse är det inte uteslutet att ljud kan registreras som varumärken, så länge kraven på *särskiljningsförmåga* och *grafisk återgivning* är uppfyllda. Eftersom det är överlämnat till rättstillämparen att avgöra bestämmelsernas närmare innehåll finns en betydande divergens mellan allt det som varumärkesrätten *formellt* anger som registrerbart och det som registreras i *praktiken*.<sup>1</sup> När detta skrivs finns det fortfarande bara fem

---

<sup>1</sup> Hulgaard, S., *Ljudmärken och kravet på grafisk återgivning vid registrering av varumärken i ljuset av EG-domstolens praxis*, NIR 2004, s. 169 ff.

registrerade nationella ljudmärken och endast tre registrerade internationella ljudmärken med täckning för Sverige. Totalt har elva ansökningar om ljudvarumärken givits in till PRV.<sup>2</sup> Det finns inte heller särskilt många ljudregistrerade som gemenskapsvarumärken. Av de drygt 200 000 gemenskapsvarumärken som har registrerats mellan år 1997 och år 2003 är bara tio angivna som ljudmärken.<sup>3</sup>

Det är intressant att närmare undersöka vad detta beror på. Kanske är det fortfarande *okänt bland näringsidkare* att det numera är möjligt att erhålla ensamrätt till ljudkännetecken genom registrering. Diskussionen om de nya typerna av registrerbara kännetecken har nämligen dominerats av färg- och doftmärken, medan frågor som rör ljudmärken har hamnat i skymundan. Med tanke på att ljud, men varken färg eller doft, kan återges i samtliga de medier som nämnts ovan, torde det emellertid vara relevant att fokusera på ljudmärken. När kommersiella budskap fullkomligt sköljer över de potentiella köparna, som knäar under bördan av reklamutskick på vägen till pappersåtervinningen och reklamskyltarna i city är fullklistrade av olika budskap, måste företagen ta till nya medel för att utmärka sig. Mot denna bakgrund är det inte bara tänkbart, utan också sannolikt, *att företagen i allt högre grad kommer att använda sig av ljud* för att nå ut till sina kunder. Då är det ganska troligt att de också kommer att *vilja registrera dessa ljud* som varumärken.

Prövningen av en ansökan är emellertid förenad med *kostnader* både för sökanden och för samhället. Om ansökan leder till avslag uppstår dessa kostnader i onödan. I de fall då innebörden av bestämmelserna är oklar kan det dessutom verka *hämmande* för den som är i behov av ett skydd för sitt kännetecken att ansöka om en registrering, trots att en ansökan vore berättigad. Det kan t.o.m. innebära att näringsidkare avstår från att använda ett skyddsvärt kännetecken, i tron om att det inte är möjligt att skydda det. Eftersom märkesbyggande är förenat med stora kostnader vore det inte en särskilt god affär att investera i ett märke som kan eftergöras av envar.<sup>4</sup> För att varumärkesrättsliga ensamrätter skall tilldelas dem som både är *i behov av* och *berättigade till* dem, är det därför värdefullt att ett klagorörelse om vad som är gällande rätt på området kommer till stånd.

Visserligen utarbetas registreringspraxis efter hand, men min uppfattning är att det vore lämpligare om reglernas innehåll kunde preciseras redan i ett tidigare skede och att lagstiftaren kunde ta ställning till vissa principiella frågor. På så sätt skulle *onödiga kostnader kunna undvikas* och *rättssäkerheten tillgodoses* i en högre grad än vad som är fallet för närvarande. Det skulle för visso kunna hävdas att det faktum att det inte har gjorts fler ansökningar indikerar att det *inte finns något behov av att registrera ljud* som

---

<sup>2</sup> Källa: Anton Blomberg, PRV.

<sup>3</sup> OHIM:s hemsida länk: <http://oami.eu.int/pdf/diff/statME-2004.pdf>. (Senast besökt den 2004-05-13).

<sup>4</sup> Melin, F., *Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken*. Liber Ekonomi. Lund, 1999, s. 44 ff.



varumärken. Det vore emellertid att sticka huvudet i sanden och blunda för de problem som kan uppstå. Om man väljer denna strategi måste man hålla tummarna för att utvecklingen verkligen följer det mönster som man tycker sig kunna utläsa av antalet ansökningar. Om man däremot tolkar hittillsvarande registreringspraxis som att det finns *ett ökande intresse* av att registrera ljud som varumärken, inser man istället vikten av att uppmärksamma problemen med de oklarheter som rör ljudmärken. Jag har försökt att klargöra rättsläget något i detta arbete, genom att presentera praktiska fall i ljust av grundläggande varumärkesrättsliga principer. På så sätt hoppas jag kunna bidra till att frågor som rör ljudmärken blir möjliga att överblicka och – kanske – rentav möjliga att lösa på ett enklare sätt.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med det här arbetet har varit att utröna vad som är *gällande svensk rätt* i fråga om registrering av ljudmärken, samt att göra en systematisk framställning av denna rätt. Den grundläggande målsättningen har härvid varit att undersöka *vilken möjlighet som finns att registrera ljud* som varumärken. Denna fråga kan delas upp i två delar. För det första måste *de formella registreringskraven* identifieras. Härvid måste utgångspunkten tas i lagtext. Frågan blir då vilka krav som lagen uppställer för att en ensamrätt till ett ljud skall kunna erhållas. För det andra måste *innebörden av de formella kraven* fastställas. Detta görs genom att tillämpningen av föreliggande bestämmelser undersöks. Frågan blir här hur de formella kraven skall uppfyllas i praktiken. Målet har varit att sammanställa registreringsmyndigheternas beslut i ärenden som avser ljud för att utläsa när lagens krav skall anses vara uppfyllda.

En dylik undersökning ger emellertid upphov till *frågeställningar av en mer principiell art*. För att det skall vara relevant att undersöka möjligheten att registrera ljud måste först den grundläggande princip som styr utvecklingen i fråga om ljudmärkens registrerbarhet, dvs. *registreringsprincipen*, som sådan problematiseras. Vidare är jag av den uppfattningen att frågan om *ensamrättskonstruktionen* inte kan utelämnas i en immaterialrättslig uppsats. Risken är annars att upphovsmannen till denna inte uppfattas som objektiv. Det är ett stort problem, inte minst med tanke på att lobbying har kommit att prägla immaterialrättens utveckling.<sup>5</sup> Genom att problematisera ensamrätten, som utgör immaterialrättens grundläggande strukturella drag, hoppas jag kunna uppvisa en tillfredsställande objektivitet. I fråga om ljud finns emellertid ännu en aspekt som kan belysas, nämligen *hänsynen till andra människor*. Eftersom vi inte har kontroll över våra hörselorgan kan vi inte utestänga oönskade ljud. Vi hör ljud även om vi väljer att inte lyssna till dem.<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Kockvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl., Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 21.

<sup>6</sup> Stockfelt, T. *Ljud och tystnader i dimensioner*. Kungl. Musikaliska akademien. Jönköping, 1997, s. 99. Detta är emellertid en fråga som är av en mer offentlig- eller miljörättslig karaktär, varför den inte kommer att beröras särskilt ingående (egen anm.).

## 1.3 Avgränsningar

Denna uppsats behandlar endast registrering av *ljudmärken*. Alltså studeras inga andra varumärkesrättsliga skyddsobjekt. Denna avgränsning motiveras huvudsakligen av att det första rättsfall som behandlade frågan om registrering av ljudmärken enligt VmD avgjordes av EG-domstolen (EGD) kort tid innan studien påbörjades.<sup>7</sup> Även om det finns en hel del arbeten som rör otraditionella typer av varumärken, behandlas ljud endast i mindre omfattning inom ramen för dessa. Färg och lukt står oftast i fokus för framställningarna. Det låter sig förklaras av att rättsläget i fråga om registrerbarheten av ljud var *ännu* mer oklart vid tiden för arbetenas tillkomst, än vad det är idag.<sup>8</sup> Utöver Shield Mark-målet har det även tillkommit ett antal svenska registreringsärenden som rör ljudmärken. Jag har avgränsat mig till att försöka sammanställa och diskutera dessa ärenden.

Liksom ovan har konstaterats behandlas huvudsakligen *registreringsärenden*. Praxis som rör intrång, ogiltighetsförklaringar osv., i fråga om ljudmärken har inte kunnat undersökas i studien, eftersom det *inte har förekommit någon prövning* av sådana ärenden i svensk rätt. Det var visserligen ett intrång som aktualiserade prövningen av Shield Mark-målet i den nationella nederländska domstolen, men den prövning som EGD företog gällde huvudsakligen frågan huruvida ljud över huvud taget kan utgöra registrerbara kännetecken. Frågan om förväxlingskriteriet kommer emellertid att beröras något på ett *hypotetiskt plan*.

Uppsatsen avser främst att behandla den *nationella varumärkesrätten*. Det innebär att det i huvudsak är sådana varumärken som regleras inom ramen för VmL och VmD som diskuteras i arbetet. Emellertid berörs även *internationella varumärken med täckning för Sverige*, dvs. sådana märken som regleras enligt Madridprotokollet, och *gemenskapsvarumärken* som regleras enligt Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (EG-VmF) i uppsatsen, men när det görs föreligger det särskilda skäl för detta. Det första skälet är att det finns viss *ytterligare registreringspraxis* som berör ljudmärken inom de här systemen. Det gör att frågor som inte har prövats på det nationella planet kan diskuteras utifrån den praxis som utarbetats på det internationella planet, och främst då inom ramen för EG-VmF. På så sätt har diskussionen kunnat bäras upp av hållbara juridiska argument, trots den relativa bristen på nationella avgöranden.

För det andra är det nödvändigt att behandla EG-VmF inom ramen för uppsatsen eftersom den, trots att den utgör en *fristående reglering*, samtidigt är *en del av gemenskapsrätten*, precis som VmL och VmD. Då alla delar av

---

<sup>7</sup> EG-domstolens dom i mål C-238/01 (Shield Mark BV mot Joost Kist h.o.d.n. MEMEX) av den 27 november 2003.

<sup>8</sup> Se Lunell, E., *Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt – några kommentarer kring "Sieckmann-fallet"*, NIR 2003, s. 124 f., och Salomäki, J., *Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken*. Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm 2002.

detta system skall tolkas enhetligt vore det otänkbart att låta en diskussion om EG-VmF utebli från uppsatsen. Detta gäller särskilt eftersom texten i VmL, VmD och EG-VmF i stort sett är *likalydande* i de för studien relevanta bestämmelserna.<sup>9</sup> Uppsatsen skulle emellertid bli alltför omfattande om även de övernationella rättssystemen skulle undersökas i sin helhet. Då arbetet inte gör anspråk på att täcka dessa områden avgränsas det till att huvudsakligen omfatta nationell rätt.

Här även sägas att det inte finns något uttalat *genusperspektiv* på arbetet. Jag vill emellertid understryka att det inte betyder att jag är omedveten om problemet med att normer ibland kan vara *väl* anpassade efter dem som har haft möjlighet att påverka deras utformning. Med beaktande av uppsatsens föremål är det dock, enligt min mening, inte motiverat att anlägga ett sådant perspektiv.<sup>10</sup>

## 1.4 Teori och terminologi

Uppsatsen avser att presentera gällande rätt. Begreppet *gällande rätt* är emellertid problematiskt, eftersom det beror på författarens förhållningssätt till rätten. I arbetet utgår jag ifrån att de normer som uppsatsen behandlar har både en *extern giltighet*, dvs. att själva rättssystemet har egenskapen av att vara gällande rätt, och en *intern giltighet*, dvs. att normerna tillhör det gällande rättssystemet.<sup>11</sup>

Här bör även sägas något om den terminologi som används i uppsatsen. När begreppen *kännetecken* eller *varukännetecken* används är det för att beteckna sådana märken som inte har registrerats. Begreppet *varumärke* används däremot för att markera att det är fråga om ett kännetecken till vilket ensamrätt har erhållits genom registrering hos PRV.<sup>12</sup> Termen *ljudmärke* används oftast i en betydelse som liknar varumärkesbegreppet, nämligen då det är fråga om ett ljud som har registrerats som varumärke, men eftersom termen *ljudkännetecken* är förhållandevis otymplig förekommer beteckningen *ljudmärke* även i fråga om sådana ljud som inte registrerats. När det talas om *gemenskapsvarumärke* är det fråga om ett kännetecken till vilket skydd har erhållits enligt EG-VmF. Jag använder genomgående begreppet *varor* som betecknande för både varor och tjänster, om inget annat framgår av sammanhanget. Orden *kund* och *konsument* används synonymt. Begreppet *konsument* har härvid fått beteckna även sådana köpare som är näringsidka-

---

<sup>9</sup> Bernitz, U. och Kjellgren, A., *Europarättens grunder*. 2 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002, s. 46 f.

<sup>10</sup> Med beaktande av detta föremål vore en diskussion om *politiska värderingars inverkan* på rätten i så fall mer befogad (egen anm.).

<sup>11</sup> Jag utgår alltså ifrån att de lagar som stiftats av riksdagen, och den EG-rätt som likställs med - eller ligger till grund för - sådan lag, samt den rättspraxis som utvecklats vid tillämpningen av sådana normer, utgör gällande rätt i Sverige (egen anm.).

<sup>12</sup> Denna distinktion stämmer inte helt med den terminologi som tidigare användes, (se SOU 1958:10 Förslag till varumärkeslag. Betänkande avgivet av varumärkes- och firmautredningen, s. 212), men den fyller här en pedagogisk funktion (egen anm.).

re. Begreppet *företag* används för att beteckna näringsverksamhet i tillverkande, säljande och rättshandlande funktioner. Jag har valt att frångå den benämning som används i de flesta artiklar som behandlar ljudmärken, nämligen begreppet *musikaliska ljud*, och ersatt detta med termen *melodiska ljud*. Detta anser jag vara påkallat eftersom musikalitet, enligt min mening, inte är en egenskap som kan tillskrivas ting och som därför inte heller bör användas i denna betydelse.<sup>13</sup> Sådana ljud som inte är av melodisk karaktär anges i uppsatsen som *andra ljud*, *övriga ljud* eller *ljud av en mer naturlig karaktär*.

## 1.5 Metod

Utgångspunkten för det här arbetet är den metod som Aleksander Peczenik benämner som *den juridiska avvägningsläran*.<sup>14</sup> Utöver de juridiska argument som används i uppsatsen, läggs även antaganden som hämtats från discipliner utanför rättsvetenskapen till grund för slutsatserna i uppsatsen.<sup>15</sup> På så sätt möjliggörs en avvägning i enlighet med den valda läran.

I arbetet används huvudsakligen en *rättsdogmatisk metod* för att systematisera gällande rätt. Härvid avser författaren att följa de *rättskälle- och argumentationsprinciper* som utarbetats inom ramen för den rådande rättstraditionen.<sup>16</sup> Det innebär att jag utgår ifrån de normer som identifieras för att problematisera och diskutera gällande rätt. I de fall det varken finns preciserad lagtext eller prejudicerande avgöranden som visar på rättens innehåll presenteras tänkbara lösningar som baseras på olika *skäl* som sammanvägs och värderas. För att läsaren skall kunna tillägna sig en djupare förståelse för arbetets relevans är den inledande delen av uppsatsen av en något annan – och mer deskriptiv – karaktär.

## 1.6 Material

Det material som har använts i arbetet är främst *gemenskapsrättsliga rättsakter*, *svensk lagtext* och de *förarbeten* som finns att tillgå. Eftersom varumärkesrätten är starkt präglad av gemenskapsrätten måste förarbeten till svensk lag dock behandlas med ett visst mått av försiktighet.<sup>17</sup> Numera är det *EG-domstolens domar* som skall utgöra huvudsakligt underlag för lagtolkningen. Det är emellertid endast i ett fåtal av EG-domstolens avgöran-

---

<sup>13</sup> Jag bortser här ifrån begreppet *musikaliskt verk*, som jag anser vara ett undantag från denna regel (egen anm.).

<sup>14</sup> Peczenik, A., *Juridikens teori och metod*. Norstedts Juridik AB, Lund, 1995, s. 24.

<sup>15</sup> Ett exempel på detta är den ansats till rättsökonomisk analys som görs i kapitel 2.2.1 (egen anm.).

<sup>16</sup> Peczenik, A., a.a., s. 29 f.

<sup>17</sup> Detta gäller emellertid inte i fråga om SOU 1958:10, som visserligen uppbär en hög ålder, men som är mycket välskriven. Den utgör dessutom motiv för tillskapandet av den nationella VmL och inte, vilket är fallet med senare förarbeten, bakgrund till lagändringar som föranletts av anpassningen till gemenskapsrätten (egen anm.).

den som ljudmärken behandlas. Eftersom det dessutom endast finns ett mindre antal registrerade ljudmärken i Sverige, finns inte heller särskilt mycket material att tillgå i *svensk praxis*. I uppsatsen har dock ett antal beslut från PRV och PBR undersökts. Under arbetet har jag varit i kontakt med Design- och varumärkesenheten på PRV, och jag har på så sätt fått tillgång till ärenden som inte omnämns i annan litteratur. Jag har även använt mig av avgöranden och *domar från OHIM:s besvärsavdelning*.

Det finns inte särskilt mycket skrivet om ljudmärken inom *den rättsvetenskapliga doktrinen*. Därför har jag utgått från litteratur som behandlar immaterialrättsliga spörsmål på ett mer övergripande plan. Främst har Mogens Kockvedgaard och Marianne Levins omfattande verk "*Lärobok i immaterialrätt*"<sup>18</sup> varit en god källa. Vidare har Frans Melins bok "*Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken*"<sup>19</sup> varit oundgänglig för förståelsen av varumärkets funktion på marknaden. Annat material som har använts är artiklar, främst då hämtade ur de immaterialrättsliga tidskrifterna *NIR* och *Brand News*. Vidare har registreringsmyndigheterna *PRV:s och OHIM:s hemsidor* varit till stor nytta.<sup>20</sup>

Det finns ett antal arbeten som berör frågan om ljudmärkens registrerbarhet. Några av dem har tjänat som vägledande och inspirerande förlagor till föreliggande studie. Särskilt skall nämnas Johanna Salomäkis uppsats "*Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken*", vilket behandlar frågan ur ett EG-rättsligt perspektiv, samt Henrik Johanssons artikel "*Hemglass och ljudmärkena – En studie rörande ljudmärkens registrerbarhet i Europa*", i vilken de centrala problemen kommenteras på ett kort och kärnfullt sätt.<sup>21</sup> Andra juris studerandes uppsatser har också observerats, men detta har gjorts med den huvudsakliga intentionen att lyfta fram sådant som *inte* berörs i dessa arbeten.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Kockvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002.

<sup>19</sup> Melin, F., *Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken*. Liber Ekonomi. Lund, 1999.

<sup>20</sup> <http://www.prv.se/> och <http://oami.eu.int/>. (Båda besökta senast den 2004-05-13).

<sup>21</sup> Salomäki, J., *Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken*. Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet. Stockholm, 2003, samt Johansson, H., *Hemglass och ljudmärkena – En studie rörande ljudmärkens registrerbarhet i Europa. Studier i immaterialrätt, vol. 2.*, (Red. Andersen, C. m.fl.). Lund, 2002.

<sup>22</sup> Hemsidan för Juridiska fakulteten vid Lunds universitet: <http://www.jur.lu.se/internet/biblioteket/examensarbeten.nsf>. (Senast besökt den 2004-05-09).

## 1.7 Disposition

Uppsatsen omfattar - inklusive detta inledande kapitel – i allt fem kapitel som inbördes fyller olika funktioner, men som tillsammans bidrar till att förmedla *en övergripande bild av gällande rätt* i fråga om ljudmärkesregistrering.

Kapitel två syftar till att ge en beskrivning av *bakgrunden till det varumärkesrättsliga systemet*. I detta kapitel presenteras varumärken i ett historiskt, ekonomiskt och internationellt perspektiv. Där beskrivs också olika sätt på vilka ljud kan användas i marknadsföringssyften.

Framställningen i kapitel 3 anknyter i huvudsak till *lagstiftningens utformning* och de krav som uppställs för att ett tecken skall utgöra ett varumärke och således vara föremål för registrering. Här presenteras bestämmelsernas lydelse och hur de har ansetts uppfyllda i praxis.

I kapitel 4 *diskuteras* de normer som beskrivits och preciserats i föregående kapitel mer ingående. Härvid sammanförs *olika argument*, som sedan sammanvägs till ett klargörande om vad som är gällande rätt på området.

I kapitel 5, slutligen, presenteras några *sammanfattande synpunkter* och den *slutsats* som är författarens egen.

# 2 Varumärkesrättens framväxt och kontext

## 2.1 Ett historiskt perspektiv

Sedvänjan att *ursprungsmärka varor* finns belagd till mänsklighetens äldsta kulturer. Från början var framställningen av varor hantverksmässig och omsättningen av varor skedde i liten skala.<sup>23</sup> Den traditionella märkningen innebar att man applicerade ett märke som angav varans ursprung på själva varan. Det kunde göras exempelvis genom att något stämplades (lergods), brännmärktes (boskap) eller fästes på varan. I takt med att sjöfarten utvecklades expanderade handeln i Medelhavsområdet och varumärkningen spreds. Under medeltiden upphörde ursprungsmärkningen emellertid nästan helt i vår del av världen.<sup>24</sup>

Med *skråsamhällets utveckling* återuppstod den emellertid och det uppkom en *skyldighet för hantverkare att märka sina varor*. På så sätt kunde tillverkaren identifieras. Genom märkningen påtog sig hantverkare ansvaret för varans beskaffenhet. Varje skrå hade troligen en ganska god kännedom om vilka märken dess medlemmar använde sig av, eftersom det inte fördes några egentliga register över dessa märken. Det fanns dock ett intresse av att upprätthålla viss kontroll och det var därför *straffbart* att använda sig av någon annans märke. På det hela taget kan det sägas att systemet utgjorde en belastning för den enskilde hantverkaren.<sup>25</sup>

Efter *industrialismens genombrott* upphörde den allmänna plikt att märka varor som hade utvecklats under skråsamhället. Trots det ökade varumärkesanvändningen.<sup>26</sup> Orsakerna till detta var många. Nya produktionsätt medförde att distributionssystem och konsumtionsmönster förändrades. Den enskilde hantverkaren, som hade haft direktkontakt med kunden, ersattes av mer anonyma fabriker som massproducerade identiska varor i stora volymer. Varorna distribuerades sedan via detaljhandelskedjor.<sup>27</sup> Näringsfriheten medförde att enskilda kunde etablera verksamheter och konkurrensen ökade. Den tekniska utvecklingen gjorde masskommunikation möjlig och reklamen kom att göra sitt intåg i människornas vardag.

---

<sup>23</sup> SOU 1958:10 Förslag till varumärkeslag, betänkande avgivet av varumärkes- och firmautredningen, s. 29 och 46.

<sup>24</sup> Melin, F., *Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken*. Liber Ekonomi. Lund, 1999, s. 21 f.

<sup>25</sup> SOU 1958:10, s. 29 ff.

<sup>26</sup> I galleriet på Brand News hemsida finns äldre tiders varumärken att beskåda. <http://www.brandnews.se>. (Besökt den 2004-05-10).

<sup>27</sup> Johnsson, H., Hemglass och ljudmärkena – En studie rörande ljudmärkens registrerbarhet i Europa. *Studier i immaterialrätt, vol. 2.*, (Red. Andersen, C. m fl.), Lund, 2002, s. 57 f.

Från företagets sida uppstod ett *behov av att utmärka sig* för att vinna konsumenternas intresse. I samband med detta fick varumärket en allt större betydelse som *konkurrensmedel* vid marknadsföring av olika varor.<sup>28</sup> Vid denna tidpunkt uppstod också frågan om en märkeshavare kunde *göra en ensamrätt gällande* till sitt märke.<sup>29</sup> Detta berodde i hög grad på att andra tillverkare började kopiera framgångsrika märkesprodukter.<sup>30</sup> Den varumärkesrätt som nu kom att utvecklas var inte längre offentlighetsrättslig, som under skråväsendets tid, utan *privaträttslig*. För att ordningen skulle kunna upprätthållas infördes ett *register*. Detta register kom att föras i statlig regi.<sup>31</sup>

Under historiens gång har varumärkesrätten pendlat mellan att lyda under förstebrukar- och registreringsprinciperna.<sup>32</sup> Under 1800-talets senare del var *förstebrukarprincipen* rådande i Frankrike. Visserligen fanns det ett varumärkesregister i landet, men det fungerade i själva verket endast som en antydning om att någon påstod sig ha ensamrätt till ett visst kännetecken. Ensamrätten som sådan uppkom genom att kännetecknet började *användas*. Om någon annan redan använde märket var en registrering utan verkan. I Tyskland rådde däremot *registreringsprincipen*.<sup>33</sup> Det innebar att själva registreringen var konstitutiv för ensamrättens uppkomst. Den som ansökte om registrering av ett kännetecken fick rätt till detta tecken under förutsättning att ingen annan hade registrerat det tidigare.<sup>34</sup>

Den första svenska lagen med varumärkesrättsligt innehåll tillkom inom ramen för ett nordiskt samarbete i slutet av 1800-talet. Rätten systematiserades då efter tysk förebild och registreringsprincipen kom därför att bli rådande även i den svenska varumärkesrätten. Denna samnordiska varumärkeslag trädde i kraft år 1884. Den ändrades sedan år 1918 och år 1934.<sup>35</sup> I början av 1940-talet infördes en bestämmelse som innebar att förstebrukarprincipen fick ett visst genomslag i svensk rätt. Den angav att den som uppsåtligt använde sig av någon annans inarbetade kännetecken kunde straffas för det. Alltså åtnjöt även icke registrerade kännetecken ett visst skydd genom denna bestämmelse, som sedan kom att införas i 1960 års VmL. I sam-

---

<sup>28</sup> Hulgaard, S., *Ljudmärken och kravet på grafisk återgivning vid registrering av varumärken i ljuset av EG-domstolens praxis*, NIR 2004, s. 172.

<sup>29</sup> SOU 1958:10, s. 30 och 46.

<sup>30</sup> Algotsson, C. *Kravet på särskiljningsförmåga i ett harmoniserat Europa – svensk registreringspraxis och utvecklingen av gemenskapsvarumärket*. Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet. Stockholm, 2001, s. 10.

<sup>31</sup> SOU 1958:10, s. 30 och 46.

<sup>32</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl., Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 327.

<sup>33</sup> Stuevold Lassen, B., *Krav för skydd av oregistrerade kännetecken och oregistrerade kännetecken som registreringshinder, nationellt och enligt varumärkesförordningen*, NIR 1996, s. 35 f.

<sup>34</sup> SOU 1958:10, s. 29.

<sup>35</sup> Norén Roeck Hansen, E. och Hyltner, J-O., *Registrerbara varumärken. Praktisk varumärkesrätt*. (Red. Levin, M. och Bonnier, S.). Norstedts Juridik AB. Stockholm 1998, s. 19.



band med detta togs dock kravet på uppsåt bort och skyddet för inarbetade kännetecken stärktes något ytterligare.<sup>36</sup>

## 2.2 Varumärken i det moderna samhället

### 2.2.1 Varumärkets funktion på marknaden

Den gällande VmL trädde i kraft år 1960. Den är förhållandevis ålderstigen, särskilt om man beaktar lagens föremål i ljuset av den samhällsutveckling som pågått under de dryga fyrtio år som har förflutit sedan dess. På 1950-talet, när motiven till VmL skrevs, kommunicerade företagen med sina kunder i stort sett uteslutande genom annonser i tidningar eller genom reklam i radio och på biografier. Idag ser samhället, minst sagt, något annorlunda ut. Vi har datorer med fast uppkoppling, mobiltelefoner som vi ständigt kan nå på och TV-apparater i snart sagt varje rum. Vi är ständigt utsatta för ett enormt informationsflöde. Varumärkets ekonomiska och kulturella betydelse har därför ökat markant. Detta var något som inte kunde förutses när förarbetena till 1960 års VmL skrevs i slutet av 1950-talet.<sup>37</sup>

Eftersom varumärkesrätten avser att reglera frågor som är nära knutna till den allmänna handeln är det här motiverat att se på *varumärkesrätten i ett ekonomiskt perspektiv*. Här kommer först en presentation av varumärkets funktion i det moderna samhället att göras. Denna presentation får tjäna som bakgrund till den mycket övergripande rättsekonomiska beskrivning av varumärkesrätten som därefter kommer att företes. Ekonomie doktor Frans Melin använder sig av en utmärkt metod att beskriva varumärket. Han undersöker det i olika aktörers perspektiv och visar på detta sätt att *varumärket har olika funktioner beroende på ur vems synvinkel det betraktas*.

Melin gör gällande att märket i huvudsak fungerar som en *informationsbärande* för märkesinnehavaren. I denna funktion förmedlar varumärket uppgifter om produkternas egenskaper till avnämmarkretsen. Men Melin pekar också på att varumärket även har en *identitetsbärande* förmåga som kan utnyttjas genom att innehavaren bygger upp en identitet kring varumärket. Vidare anger han att reklamens form och innehåll är av stor betydelse för hur konsumenterna tar emot företagets budskap. Om märket får en plats i konsumenternas medvetanden kan budskapet få fäste och styra vilka produkter som väljs i köpsituationen. Detta kan i sin tur leda till att *företagets position på marknaden förstärks*.<sup>38</sup>

Inom nationalekonomin riktas intresset mot hur välstånd skapas. Utan att här gå alltför djupt in på nationalekonomisk teori kan sägas att *välstånd*

---

<sup>36</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 327.

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Melin, F., *Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken*. Liber Ekonomi. Lund, 1999, s. 37 f.

*skapas genom att samhällets resurser används på ett sätt som är så effektivt som möjligt.* Resurserna används effektivt om de hamnar hos dem som värderar dem högst. För att en effektiv allokering av resurserna skall komma till stånd måste en övergång av äganderätt till resurserna äga rum, från dem som värderar pengar högre än egendom till dem som värderar egendom högre än pengar. Utgångspunkten är att detta skall ske genom *frivilliga avtal*.

Eftersom frivilliga avtal bara kommer till stånd om parterna upplever att de tjänar på affären, måste det finnas en vinst som gör transaktionen lönsam. Om *kostnaderna för transaktionen* överstiger denna vinst kommer inget avtal att komma till stånd. Transaktionskostnader kan till exempel uppstå på grund av att det är svårt att komma i kontakt med en potentiell motpart, eller att det råder osäkerhet om varans egenskaper.<sup>39</sup> Genom de informationsbärande och ursprungsangivande egenskaperna kan varumärket bidra till att minska eller eliminera transaktionskostnaderna.<sup>40</sup> På så sätt kommer frivilliga avtal att komma till stånd och handeln att bli mer effektiv. När resurserna hamnar hos dem som värderar dem högst, leder till att det totala välbefindandet i samhället ökar, i enlighet med vad som har konstaterats ovan.<sup>41</sup> Förutsatt att ett ökat välbefindande är eftersträvansvärt, så blir slutsatsen att företagen bör uppmuntras att använda sig av varumärken.

Genom att skapa ett attraktivt kännetecken kan företaget öka sin konkurrensförmåga. Det är emellertid kostsamt att skapa ett varumärke.<sup>42</sup> Företaget gör stora investeringar i uppbyggnadsfasen. Avkastningen på dessa investeringar kommer först sedan varumärket har etablerats.<sup>43</sup> Följaktligen är det en ganska riskabel strategi att satsa på varumärken, särskilt om man beaktar att de är exempel på *kollektiva varor*, vilket innebär att de kan nyttjas av flera parter på samma gång. Problemet låter sig illustreras genom en jämförelse mellan ett kännetecken och en cykel. Den som gör anspråk på att äga en cykel kan sätta sig på sadeln och trampa iväg. Det är ett effektivt sätt att hindra någon annan ifrån att använda cykeln.<sup>44</sup>

Det är emellertid omöjligt att förfara på samma sätt i fråga om ett kännetecken, eftersom kännetecknet är *immateriellt* till sin karaktär. Innehavaren av ett kännetecken kan inte handgripligen hindra att någon annan tillgodosör sig nyttan av de investeringar som gjorts i tecknet. Detta fenomen brukar kallas *"freerider-problematiken"* och det leder till en ovilja att investera i kännetecken från innehavarens sida. Genom att konkurrenter använder samma eller liknande kännetecken kan det även uppstå förvirring bland konsumenterna. Om kännetecknet mister sin funktion som ursprungsangiva-

---

<sup>39</sup> Dahlman, C., Glader, M. och Reidhav, D. *Rättsekonomi. En introduktion*. Studentlitteratur. Lund, 2002, s. 9 ff.

<sup>40</sup> Melin, F., *Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken*. Liber Ekonomi. Lund, 1999, s. 37 f.

<sup>41</sup> Dahlman, C., m.fl., a. a. s. 9 ff.

<sup>42</sup> Melin, F., a. a. s. 10 ff.

<sup>43</sup> Melin, F., a. a. s. 15 ff.

<sup>44</sup> Förutsatt att den konkurrerande parten inte hoppar upp på pakethållaren för att få en gratistur (egen anm.)!

re, informations- och identitetsbärare undermineras förutsättningarna för att ekonomiskt effektiva avtal skall komma till stånd, i enlighet med vad som sagts ovan. Det måste således till någon form av *incitement* för att företagen skall våga investera i och använda sig av kännetecken i kommunikationen med konsumenterna. Olovlig användning av annans kännetecken måste förhindras på ett eller annat sätt.

Tidigare har sagts att det inte kan göras på det materiella planet. Det låter sig däremot göras genom att en väl definierad ensamrätt införs i lag. Innehavaren kan då företa *legala åtgärder* för att hindra andra från att nyttja märket.<sup>45</sup> På detta sätt kan varumärkesrätten användas för att styra marknaden så att samhällsekonomisk effektivitet och ett ökat välstånd befrämjas. Enligt Melin är detta som motiverar lagstiftaren att reglera användandet av varumärken.<sup>46</sup>

### 2.2.2 Ljud som varumärken

Ovan har konstaterats att varumärkesrätten är en disciplin som i hög grad både påverkar, och påverkas av, marknadens aktörer och deras behov. Det har också sagts att ljudreklammedier används allt mer för att sprida märkesinnehavarnas budskap. Här skall något sägas om hur *ljud* kan användas i marknadsföring och reklam.

Ljud kan utgöra en del av det koncept som kallas *corporate identity* och som går ut på att företagen använder allt från grafik till ljud och doft för att skapa enhetliga varumärkesidentiteter. Den *audiella identiteten* blir då en del av ett helt varumärkeskoncept som omfattar olika *kommunikativa element*. Den audiella delen kan vara mer pregnant än de övriga, vilket är fallet med Hemglass mycket utpräglade ljudmärke, eller helt enkelt utgöra ett kännetecken att användas för sig.<sup>47</sup> Det bör dock poängteras att ljudreklam ibland tenderar att motverka sitt syfte. Människor kan inte värja sig mot *påträngande ljud* och en jingel kan lätt kännas tröttsam efter att man har hört den ett upprepat antal gånger. Detsamma gäller i fall då ljudet uppfattas som störande i sig.<sup>48</sup> Icke desto mindre har ljudmärken vissa specifika egenskaper som gör dem lämpliga som *komplement* till andra typer av kännetecken.

Akustiska kännetecken har en speciell verkan, utöver att fungera som en *symbol* för innehavarens budskap, eftersom själva kännetecknet också är en *signal*. Signaler skiljer sig ifrån tecken på så vis att de har *appellerande drag*. Signaler påkallar mottagarnas – i det här fallet konsumenternas - uppmärksamhet. När ljudsignaler uppfattas av mottagarna associeras de med

---

<sup>45</sup> Dahlman, C., Glader, M. och Reidhav, D. *Rättsekonomi. En introduktion*. Studentlitteratur. Lund, 2002, s.157 ff.

<sup>46</sup> Melin, F., *Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken*. Liber Ekonomi. Lund, 1999, s. 36 ff.

<sup>47</sup> Melin, F., a. a., s. 239 ff.

<sup>48</sup> Bye, C., *Livet har sina goda stunder*. Brand News. Nr. 4, 2002, s. 27.

sändarnas budskap.<sup>49</sup> Ljud kan också användas för att slå an vissa *emotionala strängar* hos mottagaren. Ljud kan förändras medan de spelas upp, och på så vis kan *ett spektrum av känslor* förmedlas till lyssnarna under tiden. Eftersom människans *ljudminne* är välutvecklat kan ljudmärken finnas kvar i konsumenternas medvetande och fortsätta att förmedla märkesinnehavarnas budskap en relativt lång tid efter att de har utsatts för dem.

Ljudminnet är *skilt från bildminnet*, vilket gör det möjligt för konsumenterna att identifiera en produkt bara genom att höra den jingel som ackompanjerar en reklamfilm.<sup>50</sup> Konsumenten behöver härvid inte se själva filmen, för att påminnas om dess budskap.<sup>51</sup> Företagen kan utnyttja detta faktum genom att använda billigare former av reklam, exempelvis i radio, parallellt med den dyrare TV-reklamen.<sup>52</sup> Det finns dock fördelar med att utforma reklamen så att *olika sinnen påverkas samtidigt*, till exempel genom att ljud och bild används vid samma tillfälle.<sup>53</sup>

Det finns en rad olika exempel på olika strategier som kan användas för att koppla ljud till varumärken. För att göra sina varumärken mer attraktiva kan företagen *sätta musik till ett redan etablerat varumärke*. Så är exempelvis fallet med de två dryckesgiganterna Pepsi och Coca-Cola. Pepsis strategi går ut på att *kontraktera redan kända artister* under en viss tid, för att få tillgång till deras melodier. Fördelen med detta är att artistens goda renommé smittar av sig på Pepsis varumärke. Nackdelen är att företaget blir beroende av hur artisten uppför sig. Om denne plötsligt får ett dåligt rykte är det istället detta som smittar av sig på varumärket. Det förekommer även att artister, liksom människor i allmänhet, gör misstag, exempelvis genom att dricka konkurrentens produkt inför pressfotografernas kameranlins.<sup>54</sup>

Det konkurrerande företaget Coca-Cola undviker sådana missöden genom att *specialkomponera egna melodier* att använda i marknadsföringen. Ljudlogotyper behöver inte nödvändigtvis utgöras av långa melodier. En *kort signal* kan skapa en tillräckligt *hög igenkänningsgrad* hos konsumenterna.<sup>55</sup> Ett exempel på detta är radiokanalen P3:s *vissling*. Den utgörs endast av tre toner, men den fungerar utmärkt som ljudmärke. Även andra former av ljud kan användas i marknadsföring. Kända sådana ljud är till exempel ljudet av ett *rytande lejon* eller *motorljudet* från en Harley Davidson.<sup>56</sup>

---

<sup>49</sup> Holmqvist, L., *Varumärkens särskiljningsförmåga*. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1999, s. 70 f.

<sup>50</sup> Bye, C., *Livet har sina goda stunder*. Brand News. Nr. 4, 2002, s. 27.

<sup>51</sup> Salomäki, J., *Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken*. Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet. Stockholm, 2003, s. 75.

<sup>52</sup> Bye, C., a. a., s. 27

<sup>53</sup> Sahlqvist, A., *Allvarligt talat. Ljud*. Brand News. Nr. 4, 2002, s. 12 f. och Fahlnaes, J., *Det fina i kråksången*, Brand News. Nr. 4, 2002, s. 25 f.

<sup>54</sup> Fahlnaes, J., a. a., s. 25 f.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> Löfgren, C., *Ljud med ensamrätt*. Brand News. Nr. 4, 2002, s. 9 ff.

Det finns indikationer som tyder på att olika ljud kommer att få en allt större betydelse som förbindelselänk mellan företagen och deras kunder.<sup>57</sup> Samtidigt skall det understrykas att det fortfarande föreligger ett visst mått av okunskap hos företagen i fråga om hur ljud kan användas för att förstärka varumärkesidentiteten. Därmed har dock inte sagts att det inte finns något intresse av att använda sig av ljudmärken hos företagen. Det är bara att slå på en TV, för att övertygas om motsatsen!<sup>58</sup>

Här skall en reflektion göras över några olika faktorer som kan tänkas påverka företagen att börja använda sig av ljudmärken i högre grad än vad som är fallet idag. Olika människor uppfattar visserligen ljud på olika sätt,<sup>59</sup> men det är nog inte kontroversiellt att påstå att ljud - vissa kanske mer än andra - öppnar för förståelse över nationella gränser. Det har sagts i många sammanhang att musik utgör *ett internationellt språk*. Dessutom låter naturliga ljud, objektivt sett, likadant överallt, under samma akustiska förhållanden.<sup>60</sup>

I takt med att handeln globaliseras när företagen konsumenter som inte längre utgör medlemmar av en homogen grupp, vilket - mer eller mindre - har varit fallet när marknaderna utgjorts av nationella territorier. Företagens marknadsavdelningar kommer härvid att stöta på nya utmaningar, eftersom konsumenterna har *olika sociokulturella bakgrunder* och talar *olika språk*. Att använda ljud, melodiska eller mer naturliga, i marknadsföringen framstår här som en möjlighet. Genom att använda ett ljudmärke kan sådana barriärer övervinnas, i vart fall i förhållande till hörande personer. Visserligen kanske inte alla ljud uppfattas - eller uppskattas - på samma sätt i alla länder, men många budskap borde kunna framföras utan att falla på språkförbistringens gissel. Om reklamen däremot är utformad som en text måste den i många fall översättas till olika språk.

Ljud kan också locka konsumenterna och medverka till att göra dem lojala mot det enskilda företaget. När produkterna i sig inte räcker till för att attrahera köpare kan ljudmärken få en viktig betydelse. Ljud kan ju beröra människor känslomässigt, i enlighet med vad som sagts ovan. Frans Melin har angivit att köpare inte fattar beslut enbart på rationella grunder, utan att de även är öppna för *emotionella argument*. Detta gäller framför allt ifråga om köp av *tekniskt komplicerade produkter* och när köpet är förenat med en *ekonomisk risk*.<sup>61</sup> Av ovanstående torde framgå att företagens uppmärksamhet tenderar att riktas allt mer mot möjligheterna att använda ljud som kännetecken. Det är därför angeläget att klargöra *om* ljud kan registreras som varumärken, och - i så fall - *hur* detta skall låta sig göras.

---

<sup>57</sup> Fahlnaes, J., *a. a.*, s. 25 f.

<sup>58</sup> Sahlqvist, A., *Allvarligt talat. Ljud*. Brand News. Nr. 4, 2002, s. 12 f.

<sup>59</sup> Rasmusson, L., *Håll ögonen öppna! Och öronen. En lärobok i konsten att iakttaga*. Uppsala Publishing House, Uppsala, 2000, s. 112 f.

<sup>60</sup> Prova att dra naglarna över svarta tavlan i Islamabad, så får du se. Det låter antagligen lika illa där som i Longyearbyen, eller - för den delen - i Lund! (Egen anm.).

<sup>61</sup> Melin, F., *Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken*. Liber Ekonomi. Lund, 1999, s. 26.

## 2.3 Varumärkesrättens internationella dimension

### 2.3.1 Internationella konventioner och avtal

Utgångspunkten är att varumärkesrätten är *nationellt* och *territoriellt avgränsad*. Den handel som varumärkesrätten delvis avser att reglera låter sig emellertid inte hindras av nationsgränser. Denna divergens mellan rätten och de verkliga förhållanden på vilka den skall tillämpas, yttrar sig bl.a. genom att en märkesvara som skall säljas i ett främmande land inte skyddas utomlands av det varumärkesskydd som den åtnjuter i enlighet med det egna landets rättssystem. Den oskyddade ställningen i utlandet utgör ett *potentiellt handelshinder*. För att behovet av rättsskydd i andra länder skall tillgodoses har det därför skapats ett antal *internationella konventioner*.<sup>62</sup> Sverige deltar i internationella samarbeten både på ett globalt plan och på ett gemenskapsrättsligt, genom vårt medlemskap i EU.<sup>63</sup>

Sverige har tillträtt den multilaterala *Pariskonventionen för industriellt rättsskydd* (PK). PK skapades redan år 1883 och den administreras av Världsgenombildningsorganisationen för den intellektuella äganderätten (WIPO). PK uppställer vissa *principiella krav* på medlemsstaternas nationella regleringar, men den har inte skapat någon regelrätt harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning.<sup>64</sup> Eftersom det uppstod problem med att samordna medlemsländerna i vissa viktiga handelsrelaterade immaterialrättsliga frågor, togs dessa frågor bort från PK:s agenda. Förhandlingar kom istället att föras inom ramen för GATT. Förhandlingarna ledde till det omfattande *TRIPS-avtalet*. Avtalet utgår från bestämmelserna i PK. Bland medlemmarna finns USA och EU. EGD har kompetens att pröva frågor som relaterar till TRIPS-avtalet. Vidare har Sverige tillträtt *Nice-arrangemanget* som reglerar *klassificering av varumärken*.<sup>65</sup> De här nämnda samarbetsavtalen kommer inte att behandlas vidare i uppsatsen.

Ett internationellt samarbetsavtal som däremot är av betydelse för den fortsatta framställningen är *Madridprotokollet*. Medlemsstaterna - däribland Sverige - har anslutit sig till ett *internationellt registreringsystem* som regleras genom protokollet. Genom detta system kan svenska företag få varumärkesskydd i ett femtiotal främmande länder.<sup>66</sup> Madridprotokollet *föru*

---

<sup>62</sup> Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., och Sandgren, C., *Immaterialrätt*. 6 uppl., Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm. Stockholm, 1998, s. 7.

<sup>63</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl., Norstedts Juridik AB. Stockholm 2002, s. 312 och 327.

<sup>64</sup> Johnsson, H., Hemglass och ljudmärkena. En studie rörande ljudmärkens registrerbarhet i Europa. *Studier i immaterialrätt*. Vol. 2. (Red. Andersen, C., m.fl.). Lund, 2000, s. 57, samt Kocktvedgaard, M. och Levin, M., a. a., s. 38 ff.

<sup>65</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M., a. a., s. 38 f. och 317 ff.

<sup>66</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 310 ff., samt Bernitz, U., Karnell, G., Pehrson, L., och Sandgren,

ter en nationell registrering. Ansökan för den internationella registreringen skall göras på engelska och ges in till PRV. Den skickas sedan från PRV till WIPO, som därefter vidarebefordrar ansökan till de designerade ländernas respektive registreringsmyndigheter. De kan i sin tur avvisa ansökan om den hindras av ett äldre, nationellt, varumärke. Ansökan prövas alltså enligt de anslutande ländernas *nationella kriterier för registrering*, även om den huvudsakligen administreras av WIPO. På samma sätt som svenska företag kan få varumärkesskydd i de andra anslutna staterna kan företag från dessa stater erhålla *varumärkesskydd med täckning för Sverige*. Om den ursprungliga registreringen i hemlandet blir ogiltig inom fem år drabbas även de övriga registreringarna av ogiltighet. I så fall kan den internationella ansökan *omvandlas till nationella ansökningar* med bibehållen prioritet. Bestämmelserna om registrering i enlighet med Madridprotokollet återfinns i 50-64 §§ VmL.

### 2.3.2 Gemenskapsrätt

Enligt art. 295 EG-fördraget (EGF) skall medlemsländernas äganderättsregleringar inte behandlas på den gemenskapsrättsliga nivån. Följaktligen omfattas inte immaterialrätten av fördraget, så när som på ett undantag. I art. 30 EGF anges att medlemsländerna *får* skydda industriell och kommersiell äganderätt så länge det inte sker på ett sätt som innebär en *godtycklig diskriminering* eller en *förtäckt begränsning av handeln* mellan de olika medlemsstaterna. Även en icke-diskriminerande utövning av nationell immaterialrätt kan emellertid få ett sådant resultat.

Ett av de primära målen med EG var ju som bekant att skapa en *väl fungerande inre marknad*. En harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning bedömdes vara ett nödvändigt steg i denna integrationsprocess, eftersom olikheter mellan medlemsstaternas lagstiftningar ansågs kunna inverka menligt på de fria rörligheterna för varor och tjänster, samt på den effektiva konkurrensen, inom gemenskapen. Således gjordes försök att harmonisera medlemsstaternas nationella immaterialrättsliga regleringar. Detta lyckades emellertid inte till en början. Det var först år 1988 som *harmoniseringsdirektivet för medlemsländernas varumärkesrätt (89/104/EEG)* (VmD) antogs. Fem år senare, år 1993, kom *rådets förordning (EEG) nr 40/94 om ett gemensamt EG-varumärke* (EG-VmF).<sup>67</sup>

Vid tiden för direktivets genomförande var Sverige ännu inte medlem i EG. Genom *EES-avtalet* anslöt sig emellertid EFTA:s medlemsstater – däribland Sverige - till de gemenskapsrättsliga harmoniseringssträvandena. Alltså ändrades den svenska nationella rätten efter gemenskapsrättslig förebild. Bland annat infördes den ovan omtalade möjligheten att få andra typer av kännetecken än visuella sådana registrerade som varumärken. Detta kommer emellertid att behandlas mer utförligt nedan. Här skall bara konstateras att

---

C., *Immaterialrätt*, 6 uppl. Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm. Stockholm, 1998, s. 325.

<sup>67</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M., *a. a.*, s. 45 f.

när Sverige slutligen gick med i EG var den nationella varumärkesrätten redan i stort sett *i överensstämmelse med gemenskapsrätten*.<sup>68</sup> Genom medlemskapet i EU har Sverige helt kommit att omfattas av EG-rätten. Det innebär att den svenska varumärkesrätten skall tolkas *EG-konformt*. EG-domstolens avgöranden har *direkt effekt* och skall *ligga till grund för tolkningen* av rättsreglerna.<sup>69</sup> De nationella domstolarna har både möjlighet och skyldighet att begära *förhandsavgöranden* från EG-domstolen i tolkningsfrågor, enligt art. 234 EGF.

Genom EG-VmF har det införts ett system som är *parallellt* med det nationella varumärkessystemet. Det innebär att man kan ansöka om registrering av ett varumärke som - självständigt från nationell rätt - *gäller inom hela EU/EES-området*. Ansökningar om registrering av gemenskapsvarumärken behandlas av *den europeiska varumärkesbyrån OHIM* i Alicante. Det finns inga regler om inarbetningsskydd i EG-VmF. Skyddet uppstår genom *registrering*, enligt art. 6 EG-VmF. Rätten till ett EG-varumärke regleras exklusivt i EG-VmF, men kraven för registrering överensstämmer i sin helhet med de krav som finns i VmD och VmL, jämför. art. 4, 7 och 8 EG-VmF. Vidare kan sägas att ett *nationellt registreringshinder* i en medlemsstat även förhindrar registrering av ett gemenskapsvarumärke. OHIM:s beslut kan överklagas med *EG-domstolen som sista instans*, enligt art. 61-63. EG-domstolen. Om EG-VmF kan sägas att den, precis som alla andra gemenskapsrättsliga förordningar, gäller som lag i Sverige, enligt art. 249.2 EGF.

### 2.3.3 Varumärkesskydd med täckning för Sverige

De internationella avtalen har medfört att det finns flera olika sätt att uppnå giltigt varumärkesskydd i Sverige. Förutom att skyddet kan uppkomma genom att ett *nationellt varumärke registreras* hos PRV, i enlighet med 1 § VmL, eller genom att *kännetecknet inarbetas här i landet*, enligt 2 § VmL, kan ensamrätt till ett märke alltså även erhållas för ett större geografiskt område. De två möjligheter som står till buds är då antingen registrering hos WIPO av ett *internationellt varumärke med täckning för Sverige*, enligt 50 § VmL, eller registrering av ett *gemenskapsvarumärke* hos OHIM, enligt art. 6 EG-VmF.

Här skall något sägas om det administrativa förfarandet enligt svensk rätt. Efter att ansökan inkommit till PRV företar registreringsmyndigheten en *förprövning* för att se om förutsättningarna för registrering är uppfyllda, så att märket kan registreras, enligt 20 § 1 st. VmL. De viktigaste registreringskraven består i att tecknet skall kunna *återges grafiskt*, enligt 1 § 2 st. VmL, samt i att tecknet skall *ha särskiljningsförmåga*, enligt 1 § 2 st. och 13 § 1 st. VmL.

---

<sup>68</sup> Regeringens proposition 1992/93:48 om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m., s. 1.

<sup>69</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 46 f. och 309.



Om förutsättningarna är uppfyllda och det inte föreligger några *registreringshinder*, enligt 14 § VmL, kan märket följaktligen registreras. Därefter skall märket *kungöras* i Svensk Varumärkestidning, enligt 20 § 1 st. VmL. Efter att en två månader lång *invändningsperiod* har löpt ut kan innehavaren börja använda sitt märke utan att riskera att göra intrång i annans rätt. Om det däremot görs en invändning mot registreringen inom fristen, enligt 20 § 2 st. VmL, och det visas att det föreligger ett registreringshinder *upphävs registreringen*, enligt 21 § 1 st. VmL. I de fall som PRV avslår en registreringsansökan kan beslutet *överklagas till PBR*, enligt 47 § 1 st. VmL. Om även detta beslut går sökanden emot, kan en överklagan till *Regeringsrätten* göras, enligt 47 § 3 st. VmL. För att fallet skall tas upp i Regeringsrätten krävs emellertid att ett *prövningstillstånd* har meddelats, enligt 35 § förvaltningsprocesslagen (1971:291).<sup>70</sup>

---

<sup>70</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s 328 ff.

# 3 Registrering av Ijudmärken

## 3.1 Värdet av varumärkesskydd genom registrering

Genom historien har frågan om vilket rättsfaktum som skall konstituera ensamrätt till ett varumärke präglat utformningen av olika varumärkessystem. I Sverige gällde från början en renodlad *registreringsprincip*, men denna har kommit att luckras upp allt mer. Registreringsprincipen motiveras i allmänhet av att ett system som tilldelar enskilda personer sådana ensamrätter som kan utövas mot andra, också måste innefatta ett sätt för dessa andra att få vetskap om ensamrätternas *existens* och *omfattning*. Eftersom ensamrätterna uppkommer genom registrering, kan tredje man erhålla sådan vetskap genom att göra efterforskningar i *varumärkesregistret*. Om det dessutom finns en publikation i vilken varumärken *kungörs*, innebär det att tredje man i vart fall har tämligen goda förutsättningar att kunna undvika att göra *ofrivilliga intrång* i annans rätt. Den som redan är innehavare av ett märke kan skydda sin rätt gentemot nya märken, genom att *invända mot registrering* av sådana kännetecken som han anser ligger för nära sitt äldre märke, enligt 20 § 2 st. VmL. På så sätt kan både *rättssäkerheten* för tredje man och den enskildes intresse av att erhålla *ensamrätt* till sitt kännetecken tillgodoses.<sup>71</sup>

VmL medger emellertid ett visst skydd också för sådana kännetecken som *inte kan utgöra föremål för registrering*. Det motiveras av att sådana tecken kan ha ett upparbetat värde, särskilt om de har använts under en viss tid och - respektive eller - i en viss omfattning. Skyddet uppstår emellertid inte omedelbart, genom att kännetecknet tas i bruk. Det krävs även ett visst mått av *inarbetning* för att en ensamrätt skall erhållas, enligt 2 § 3 st. VmL. Visserligen är inarbetningsskyddet avsett att vara principiellt likställt med ett registrerat skydd, men en registrering medför ändå vissa praktiska fördelar.<sup>72</sup>

Skillnaden mellan de olika skyddsformerna märks tydligast i hur skyddet uppkommer. Ett kännetecken anses inarbetat, ”... om det här i landet inom en betydande del av den krets till vilket det riktar sig är känt som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet”, enligt 2 § 3 st. VmL. Bedömningen av vilka som ingår i omsättningskretsen respektive bedömningen av hur många som utgör ”en betydande del” av denna krets, beror på *omständigheterna i det konkreta fallet*.<sup>73</sup> Det innebär att det kan vara svårt för den som använder sig av ett kännetecken att på förhand, och med säker-

<sup>71</sup> Ds 1992:13 Ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet, s. 93 f.

<sup>72</sup> Stuevold Lassen, B., *Krav för skydd av oregistrerade kännetecken och oregistrerade kännetecken som registreringshinder, nationellt och enligt varumärkesförordningen*, NIR 1996, s. 35 ff.

<sup>73</sup> SOU 1958:10, s. 219, ff.

het, kunna avgöra huruvida han har ensamrätt till tecknet. Han kanske inte vågar försvara tecknet, med hänsyn till de kostnader som en process kan medföra. Trots att han verkligen *har* rätt till sitt kännetecken, kan det nämligen vara svårt att *bevisa* att tecknet är inarbetat.

Att visa på att en tillräckligt hög grad av kännedom föreligger inom omsättningskretsen kan kräva kostsamma *marknadsundersökningar*, vilkas utformning och objektivitet dessutom kan komma att ifrågasättas av motparten till den grad att de inte får genomslag. Den som däremot ansöker om *registrering* av ett kännetecken behöver normalt inte visa att det är inarbetat. Faktum är att sökanden inte ens behöver använda märket vid registreringstillfället. Ett varumärke kan nämligen registreras *innan det tagits i bruk*. När en registrering av varumärket har kommit till stånd kan ensamrättens *omfattning och existens* styrkas genom en hänvisning till registret.<sup>74</sup>

Professor Birger Stuevold Lassen har uppmärksammat problemet med att *inarbetade rättigheters ställning försvagas* när gränserna öppnas allt mer. I takt med att varumärkesrätten harmoniseras och att systemen omfattar allt större geografiska områden, kan det uppstå svårigheter att ta hänsyn till sådana nationella ensamrätter som inte återfinns i något register. Risken är att skyddet för inarbetade kännetecken inte kommer att kunna garanteras i framtiden.<sup>75</sup> Sammantaget utgör det som ovan sagts tämligen starka skäl för den enskilde näringsidkaren att *eftersträva en registrerad rätt* till sitt kännetecken. I det följande skall det undersökas *om* - och i så fall *hur* - det starkare registreringskyddet kan erhållas för ljudmärken.

## 3.2 Registreringens föremål

Enligt 1 § 2 st. VmL kan ett varumärke 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 tillhandahållits i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahållits i en annan. Bestämmelsen fick denna lydelse efter att lagen anpassats till VmD. Den ursprungliga utformningen angav uttryckligen att *endast* figurer, ord, bokstäver, siffror och särskilda utstyrlar av en vara eller en förpackning kunde *registreras* som varumärken. För övriga kännetecken kunde skydd endast erhållas genom *inarbetning*. Enligt motiven till 1960 års lag definierades varumärken begreppsmässigt såsom kännetecken som var ägnade att *anbringas på en vara eller dess förpackning*. Andra kännetecken kunde inte utgöra varumärken och de var således inte registrerbara.<sup>76</sup> Visserligen innehåller även 1 § 2 st. VmL i dess nya

---

<sup>74</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 327 ff.

<sup>75</sup> Stuevold Lassen, B., *Krav för skydd av oregistrerade kännetecken och oregistrerade kännetecken som registreringshinder, nationellt och enligt varumärkesförordningen*, NIR 1996, s. 35 ff.

<sup>76</sup> SOU 1958:10, s.93 f.

lydelse, liksom art. 2 VmD, en uppräknning av vad som kan utgöra ett varumärke, men den är inte uttömmande.

Eftersom gemenskapsrätten skall ses som ett sammanhängande normsystem, i vilket de olika reglerna skall inpassas, kan en koppling till vad som sagts i fråga om EG-VmF göras i detta sammanhang. I ett uttalande som rör förordningen har EG-kommissionen angivit att inget slag av kännetecken *i sig* är uteslutet från registrering som gemenskapsvarumärke, eftersom den uppräknning av tecken som anges i artikeln inte är avsedd att vara uttömmande. Begreppet *tecken* skall tolkas vitt och det utesluts inte att andra slags tecken än de angivna kan registreras som varumärken. Kommissionen tog emellertid inte ställning till *vilka* tecken som i praktiken skulle kunna registreras som gemenskapsvarumärken.<sup>77</sup> Det överlämnades till de *rättstillämpande myndigheterna* att närmare avgöra bestämmelsens innehåll. Art. 4 EG-VmF har i stort sett samma lydelse som art. 2 VmD. Alltså torde kommissionens uttalande angående EG-VmF även omfatta VmD i denna del. Eftersom bestämmelsen i 1 § 2 st. VmL har utformats med de nämnda artiklarna som förebild, och den svenska lagen skall tolkas i överensstämmelse med gemenskapsrätten, öppnades alltså en - åtminstone teoretisk - möjlighet att registrera ljudmärken i Sverige.<sup>78</sup>

I de förarbeten som låg till grund för ändringen av VmL uttalades dock att *behovet av att skydda ljudmärken genom registrering* var litet vid den aktuella tidpunkten. Vidare angavs att det kunde vara förenat med stora svårigheter att registrera denna typ av varumärken. Framför allt underströks att det kunde vara *svårt att åstadkomma en otvetydig grafisk beskrivning* av ljudmärken. Det angavs emellertid att det skulle *strida mot VmD* om bestämmelsen inte skulle komma att omfatta ljudmärken. Det förutspåddes emellertid att *behovet* av att kunna registrera ljudmärken skulle komma att öka, eftersom ljudreklam i allt högre grad hade börjat förekomma i radio och TV. Vidare hänvisades till lagstiftningen i andra länder. Det konstaterades att registrering av ljudmärken inte hade förorsakat några administrativa problem utomlands, eftersom det endast hade förekommit ett fåtal registreringar av sådana märken i de aktuella länderna.<sup>79</sup>

Sammanfattningsvis kan sägas att den traditionella inställning som innebar att endast visuella kännetecken kunde registreras som varumärken, kom att ändras genom implementeringen av VmD. Numera kan inga typer av kännetecken generellt sägas vara uteslutna från registrering. Under en längre period var det emellertid oklart om denna teoretiska registreringsmöjlighet verkligen skulle komma att omsättas i praktiken.

---

<sup>77</sup> Ds 1992:13, s. 92.

<sup>78</sup> Prop. 1992/93:48, s. 71.

<sup>79</sup> Ds 1992:13, s. 93.

## 3.3 Ljudmärken och kravet på grafisk återgivning

### 3.3.1 Kravet på grafisk återgivning

Anpassningen av VmL till VmD innebar alltså att det öppnades en möjlighet att registrera ljud som varumärken. Förutsättningen för att detta skall kunna göras är emellertid att de krav som uppställs i 1 § 2 st. VmL är uppfyllda. Det innebär att tecknet skall kunna återges grafiskt, samtidigt som det måste fungera särskiljande, medan inga av de registreringshinder som uppställs till skydd för allmänna eller enskilda intressen i 14 § VmL får föreligga.

Det första kravet som uppställs för att ett kännetecken skall kunna registreras som varumärke är alltså att det skall kunna återges grafiskt. Detta krav motiveras av tredje mans intresse av att kunna tillgodogöra sig information om vilka rättigheter som finns registrerade i varumärkesregistret. Upplýsningar om vilka ensamrätter som registrerats erhålls antingen genom att undersökningar av de avbildningar av märken som finns i registret företas, eller genom att Svensk Varumärkestidning - den publikation i vilken märket kungörs i enlighet med 20 § 1 st. VmL - studeras. I motiven till ändringarna av VmL uttalades följaktligen att märket alltid skall kunna återges på ett sätt som möjliggör att det kan avbildas på papper. Det uttrycktes också att det inte skall anses tillräckligt att märket anges på ett icke beständigt sätt.<sup>80</sup> Sammantaget innebär det att märket, på ett eller annat sätt, måste kunna presenteras i synlig form. I annat fall kan tecknet inte utgöra ett varumärke, enligt lagen. Härvid uppkommer frågan hur ett ljud skall kunna återges grafiskt. Normalt sett är ju ljud ägnade att höras och inte att synas!

I de förarbeten som låg till grund för ändringarna av VmL anfördes att ljudmärken borde kunna återges med sedvanlig musikalisk notskrift och - respektive eller - genom en beskrivning av ljudet i ord. Vidare angavs att en kombination av återgivningssätten eventuellt skulle kunna erfordras. Dessutom uttrycktes att PRV borde kunna kräva att återgivningen skulle följas av ett ljudband som komplement till den grafiska återgivningen. Frågan om hur kraven skulle uppfyllas i praktiken hade, som ovan konstaterats, överlämnats till de rättstillämpande myndigheterna att avgöra.<sup>81</sup> Här kan det emellertid vara på sin plats med en påminnelse om att lagens förarbeten inte kan tillmätas sådan betydelse som normalt är fallet, eftersom det är gemenskrävtliga harmoniseringssträvanden som ligger till grund för lagens utformning. Alltså är det EG-domstolens avgöranden som skall utgöra huvudsakligt tolkningsunderlag.

### 3.3.2 Kravet på grafisk återgivning avseende melodiska ljud i

<sup>80</sup> Ds 1992:13, s. 94, samt prop. 1992/93:48, s. 71.

<sup>81</sup> *Ibid.*

## svensk praxis

När det första ärendet som avsåg registrering av ett ljudmärke inkom till PRV hade EG-domstolen emellertid ännu inte prövat ljudmärkens registrerbarhet och det var oklart hur gemenskapspraxis skulle komma att behandla frågan. Fallet gällde en ansökan från Hjem-Is Europa A/S, som ansökt om registrering av en melodi som användes vid ambulerande försäljning av bl.a. livsmedel. I ansökan återgavs den aktuella melodin med *noter*. Dessutom bifogades *en ljudinspelning*. PRV avslog ansökan med motiveringen att noterna inte kunde anses återge melodin för andra än för dem som hade förmågan att läsa dem. PRV framhöll att märket inte kunde uppfattas genom en betraktelse av notbilden, varför kravet på grafisk återgivning i 1 § 2 st. VmL inte kunde anses vara uppfyllt i ansökan.<sup>82</sup>

Hjem-Is överklagade beslutet och PBR ställdes inför uppgiften att fastställa hur kravet på grafisk återgivning skulle tolkas. PBR började med att redogöra för internationell praxis, i vilken kravet på grafisk återgivning genomgående hade ansetts vara uppfyllt genom att ljudmärken hade angivits medelst noter. Vidare gjorde PBR en genomgång av motiven till ändringen av VmL. Härvid konstaterade PBR att det *inte förelåg någon begränsning i lagen* angående registrerbarheten av ljud, så länge dessa ljud lät sig återges grafiskt. PBR övergick därefter till att diskutera frågan huruvida användande av notskrift i ansökan skulle anses innebära att ljudet återges grafiskt. För att utreda detta utförde PBR en noggrann analys av den tekniska utformningen av sedvanlig musikalisk notation. Därvid dryftades de olika beståndsdelarna *tonhöjd, tidsvärde* och *tempobeteckningar* noggrant, varefter rätten fastslog att en fullständig visualisering av alla de faktorer som ingår i ett musikstycke inte är möjlig att åstadkomma, eftersom ett uppförande av ett verk utifrån noter alltid lämnar *utrymme för konstnärlig tolkning*. Trots detta kom domstolen fram till att det ändå finns förutsättningar för att kunna beskriva ett ljudkännetecken *tillräckligt noga* genom att ange det i notskrift, varför ansökan om registrering godkändes och Sverige fick sitt första registrerade ljudmärke.

Här skall också nämnas att det angavs i domen att en registreringsansökan skall prövas *endast* mot bakgrund av noterna och att lagen inte ger stöd för något krav på att registreringsansökan skall kompletteras med en inspelning av ljudet. I domen påtalades även den omfattande användningen av signalen, men det angavs inte närmare om detta hade påverkat bedömningen av frågan.<sup>83</sup> I och med PBR:s beslut tycks det vara fastställt att registrering av ljudmärken inte längre är någon kontroversiell fråga i svensk rätt, i vart fall inte i fråga om *melodiska kännetecken*.

Genom Hjem-Isfallet fastslogs att en återgivning av ett ljudmärke genom noter uppfyller kravet på grafisk återgivning, i enlighet med 1 § 2 st. VmL. Detta bekräftades senare genom PBR:s avgörande i fråga om Sveriges Ra-

---

<sup>82</sup> Patent- och registreringsverkets avslagsbeslut avseende varumärkesansökan nr. 92-11287.

<sup>83</sup> Patentbesvärslagens dom den 17 december 1998 i mål nr. 95-491 (Hjem-Is Europa A/S).

dios ansökan om registrering av en *visselsignal*. I ansökan hade märket angivits med en notskrift som bestod av endast tre toner. PBR hänvisade till det tidigare avgörandet i Hjem-Isfallet och angav att *även en enkel notskrift kan återge ett ljudmärke med tillräcklig precision*. Vidare konstaterade rätten att kravet på grafisk återgivning är uppfyllt redan genom att en person som kan läsa noter kan framföra signalen korrekt enligt de bifogade noterna. Alltså återförvisades även detta ärende till PRV för registrering.<sup>84</sup>

Utöver de två ärenden som överklagades till PBR, finns ytterligare tre fall där ljudmärken har registrerats av PRV. Samtliga avser märken som återgivits med noter. När detta skrivs finns ytterligare tre ansökningar om nationella ljudmärken som är föremål för prövning hos PRV, samt tre internationella ljudmärken som registrerats med täckning för Sverige. Alla dessa fall avser ärenden där märkena har återgivits med noter.<sup>85</sup>

### 3.3.3 Kravet på grafisk återgivning avseende melodiska ljud i gemenskapsrättslig praxis

Det första ärendet som avgjordes i EG-domstolen angående ljudmärken gällde ett *förhandsbesked* angående tolkningen av art. 2 i VmD. Det var det så kallade *Shield Mark*-målet.<sup>86</sup> Beskedet hade begärts av den högsta domstolen i Nederländerna, Hoge Raad. Ärendet gällde flera märken, varav ett bestod av de nio första tonerna ur Beethovens *Für Elise* och ett annat av en tupps *galande*. Förutom det faktum att EGD först konstaterade att art. 2 i VmD skall tolkas som att det *inte är uteslutet att ljudmärken kan registreras*, så prövades även *när kravet på grafisk återgivning skall anses uppfyllt i fråga om audiella kännetecken*.

Hoge Raad hade upprättat en lista över en rad olika sätt att återge ljud, och ville att EGD skulle uttala sig i frågan om något - eller några - av dem kunde anses uppfylla kravet på grafisk återgivning. De återgivningsmetoder som Hoge Raad hade angivit var följande: *musiknoter, skriftlig beskrivning i form av ett onomatopoetiskt uttryck, skriftlig beskrivning i annan form, grafisk återgivning till exempel i form av sonogram, en ljudbärare som bifogas registreringsformuläret, en digital inspelning som kan avlyssnas via Internet, eller en kombination av dessa metoder*. Det var emellertid endast en del av förslagen som kom att prövas, eftersom vissa av metoderna inte hade använts i registreringsansökan för de varumärken som det nationella målet rörde, och EGD åberopade sin rätt att inte pröva hypotetiska frågor. Följaktligen lämnades frågorna om sonogram, ljudbärare, digital inspelning och kombinationer av dessa utanför domstolens avgörande i frågan.

---

<sup>84</sup> Patentbesväringsrättens dom den 25 januari 2000 i mål 96-208 (Sveriges Radio AB).

<sup>85</sup> Källa: Anton Blomberg, PRV.

<sup>86</sup> EG-domstolens dom i mål C-283/01 (Shield Mark BV mot Joost Kist h.o.d.n. MEMEX) av den 27 november 2003.

Vid prövningen av det konkreta ärendet hänvisade EGD till den tidigare domen i det s.k. *Sieckmann-målet*, vilket behandlade registrering av doftmärken. I det målet hade domstolen fastslagit att art. 2 VmD skall tolkas på så sätt att tecken som *inte i sig* kan uppfattas visuellt ändå kan utgöra varumärken, under förutsättning att de *kan återges grafiskt*, i synnerhet med hjälp av figurer, linjer eller skrivtecken. I Sieckmann-målet angavs att återgivningen måste ske på ett *klart, precist, i sig fullständigt, lättillgängligt, begripligt, varaktigt och objektivt sätt*. De här kraven uppställdes av olika skäl. För det första uttalades att syftet med att återge varumärket grafiskt är att ge en *klar, precis och objektiv* bild av märket, eftersom det är viktigt i ett rättssystem där varumärkesrätten uppnås genom ansökan om registrering av varumärken och registreringen sker i ett offentligt register. I ett sådant system garanteras nämligen varumärkets fullständiga grafiska återgivning av själva registret, så att den exakta omfattningen av skyddet som följer av registreringen kan fastställas, samtidigt som gränsdragningen mellan de rättigheter som varumärket medför och de rättigheter som följer av andra varumärken säkerställs, enligt EGD.

För att de personer som använder sig av varumärkesregistret skall kunna avgöra varumärkets exakta egenskaper måste den grafiska återgivning av märket som finns i registret vara *fullständig i sig*, men också *lättillgänglig och begriplig*. Vidare uttalades att för att ett tecken skall utgöra ett varumärke måste tecknet också kunna uppfattas *varaktigt* och *säkert* för att ursprunget skall kunna garanteras. Återgivningen måste också vara *beständig*, med hänsyn till varumärkesregistreringens varaktighet och till att varumärket kan förnyas för kortare eller längre perioder. Slutligen angav EGD att syftet med återgivningen är att undvika alla subjektiva inslag när märket skall identifieras och uppfattas. Därför måste den grafiska återgivningen vara otvetydig och *objektiv*.<sup>87</sup>

I den aktuella *Shield Mark*-domen uttalade EGD att det ankommer på den *nationella myndigheten* att avgöra frågan om ett tecken kan utgöra ett varumärke, och om det därmed kan registreras, i *varje konkret fall*. Vidare angavs att myndigheten skall pröva om den *metod* som används för att återge ljudet i det konkreta fallet skall anses uppfylla kravet på grafisk återgivning. Dessutom underströk domstolen att ett grundläggande krav för att ett ljudmärke skall kunna registreras är att sökanden har *angivit i ansökan* att tecknet skall uppfattas som ett ljudmärke. I annat fall, anförde EGD, är det befogat av den nationella domstolen att anta att ansökan avser ett *ord- eller figurmärke*.

I fråga om återgivning av ett ljudtecken i form av en *beskrivning genom skriftspråk*, anförde domstolen att det inte är uteslutet att en sådan beskrivning *i sig* kan uppfylla de villkor som uppställts i Sieckmann-domen. EGD ansåg emellertid att dessa villkor inte var uppfyllda i det förevarande fallet

---

<sup>87</sup> EG-domstolens dom i mål C-273/00 (Ralf Sieckmann mot Deutsches Patent- und Markenamt) av den 12 december 2002. Se härom Lunell, E., *Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt – några kommentarer kring "Sieckmann-fallet"*, NIR 2003, s. 124 f.



och avfärdade därmed de märken som beskrivits som ”de nio första noterna i Für Elise”, samt ”en tupps galande”. *Onomatopoetiska uttryck* skiljer sig däremot generellt sett allt för mycket från de ljud som de sägs återge, anförde EGD, och kan därför inte anses vara precisa. Vidare underströk EGD att det inte är möjligt att fastställa skyddsomfånget med ledning av sådana uttryck. Domstolen menade att det inte kunde avgöras huruvida en sådan ansökan gäller det onomatopoetiska uttrycket i sig, eller om det avser det ”verkliga” ljud som det skall det avbilda. Med hänsyn till olika språkområden skulle de dessutom kunna uppfattas på olika sätt av olika personer.<sup>88</sup> Följaktligen underkändes det nederländska ”kukelekuuuuu”.

Slutligen behandlade EGD två olika sätt att återge musik. Först prövades det om det är tillräckligt att återge ljud genom att använda sig av *benämningen av olika toner*, såsom ”e, diss, e, diss, e, h, d, c, a”. Domstolen ansåg att en sådan beskrivning varken är klar, precis eller fullständig i sig, eftersom det inte är möjligt att fastställa vare sig *tonhöjden* eller *längden* hos de ljud som ansökan gäller. Domstolen konstaterade att just dessa element är av avgörande betydelse för att beskriva hur en melodi låter och - i förlängningen - för att man skall kunna avgöra vad som är själva varumärket.

Därefter bekräftade EGD det som den svenska PBR har fastslagit, nämligen att *sedvanliga notsystem* återger den följd av ljud som bildar en melodi, samt att denna återgivning av ljud är tillräckligt klar, precis, i sig fullständig, lättillgänglig, varaktig och objektiv. Vad gäller kravet på begriplighet anförde EGD, att trots att noter inte är *omedelbart* begripliga, så kan de *bli* begripliga utan någon större svårighet. Därmed slog domstolen fast att notsystem uppfyller kravet på grafisk återgivning, enligt art. 2 VmD. Den slutsats som kan dras av detta är att i vart fall *melodiska ljud* uppfyller kravet på grafisk återgivning när de återges genom noter.<sup>89</sup>

### 3.3.4 Kravet på grafisk återgivning avseende övriga ljud

Det finns emellertid ljud som inte kan sägas utgöra melodiska ljudmärken och som inte kan återges medelst noter, men som ändå kan bli föremål för ansökan om registrering som varumärken.<sup>90</sup> Ett fall som är tämligen omskrivet i litteraturen är Qlicksmarts ansökan om ett gemenskapsvarumärke.<sup>91</sup> Ljudet som ansökan gällde beskrevs som ett ”klick”. Trots att *beskrivningen* gjordes något mer precis och utökades till ”klick av en krok”<sup>92</sup>, samt att ljudet angavs *fonetiskt* som [klik] avslogs ansökan med motiveringen att

<sup>88</sup> Fallet avsåg den gemensamma lagstiftningen för Beneluxområdet. (egen anm.).

<sup>89</sup> EG-domstolens dom i mål C-283/01 (Shield Mark BV mot Joost Kist h.o.d.n. MEMEX) av den 27 november 2003. Se även Löfgren, C., *Så ser ljudet ut*. Brand News. Nr. 10, 2003, som finns att läsa på [http://www.brandeye.se/pdf-filer/hart\\_bn1004.pdf](http://www.brandeye.se/pdf-filer/hart_bn1004.pdf) (besökt den 16 maj 2004) och Hulgaard, S., *Ljudmärken och kravet på grafisk återgivning vid registrering av varumärken i ljuset av EG-domstolens praxis*, NIR 2004, s. 169 ff.

<sup>90</sup> Av pedagogiska skäl refereras Shield Mark-målet i sin helhet ovan under melodiska ljud, trots att en tupps galande är ett ljud av en mer naturlig karaktär (egen anm.).

<sup>91</sup> OHIM:s besväravdelning i mål nr. R 1/1998-2 (Déclic).

<sup>92</sup> Denna översättning är möjligen inte helt korrekt (egen anm.).

ingen av beskrivningarna var tillräckligt klar och precis, eftersom det inte var möjligt för en utomstående att föreställa sig ljudet med hjälp av dem. Beskrivningen med ord ansågs inte tillräcklig i sig, eftersom den inte gav någon ledning i fråga om *vilket* klickande ljud som avsågs. Vidare påpekade besvärssavdelningen att fonetisk skrift anger hur ett ord skall uttalas och att den inte syftar till att beskriva ljud. Ansökan ansågs därför inte uppfylla kravet på grafisk återgivning.<sup>93</sup>

Det finns fler som har försökt att återge mer naturliga ljudkännetecken grafiskt. Bland annat kan de problem som företaget Metro Goldwyn Mayer har stött på i sin strävan för att få sitt berömda *lejonrytande* registrerat som gemenskapsvarumärke nämnas. OHIM:s besvärssavdelning uttalade sig i MGM-fallet i fråga om sådana märken som inte är melodiska, och angav att noter inte kan användas för att återge dem. Vidare uttalades att en beskrivning i ord inte är tillräckligt precis och objektiv, varpå besvärssavdelningen hänvisade både till *Déclic-målet* och generaladvokatens uttalanden i *Shield Mark-målet*. I målet underströks att olika lejon kan ryta på olika sätt och att en *beskrivning med ord* därför inte kan anses vara tillräckligt precis i detta avseende. Det finns dessutom uppenbara svårigheter med att illustrera genom att använda *noter*. Däremot underströk myndigheten att olika *grafiska medel* kan utnyttjas för att återge andra än melodiska ljud. Det uttalades att det finns olika återgivningsmetoder, till exempel *oscillogram* (en tvådimensionell grafisk ljudillustration), *spektrum* (också det en tvådimensionell grafisk ljudillustration), *spektrogram* (en tredimensionell grafisk signalillustration) och *sonogram* (en form av spektrogram som visar ljud), men att inte alla dessa former var tillräckliga.

I det aktuella fallet hade Metro Goldwyn Mayer försökt att återge ljudet med ett *sonogram*. Besvärssavdelning uttalade först att sonogram *i och för sig* är en mer precis återgivningsmetod än noter, eftersom fler nyanser och ljudkaraktäristika kan avbildas. Vidare angavs att den tänkbara invändningen att ett sonogram inte kan utläsas av tredje man inte är övertygande, eftersom problemen huvudsakligen är de samma som i fråga om noter. Besvärssavdelningen uttalade att det visserligen behövs träning och kunskap för att ljudet skall kunna utläsas ur ett sonogram, liksom det gör i fråga om noter, men besvärssavdelningen underströk att det har fastslagits att noter *är* ett lämpligt sätt att återge ljud grafiskt och att det samma även *bör* gälla i fråga om sonogram. Vidare angav myndigheten att det *i princip* är möjligt att registrera ett varumärke som inte är melodiskt till sin karaktär genom att återge det medelst sonogram, men att det sonogram som använts i det *förevärande fallet* inte kunde anses tillräckligt precist. Att många *rent faktiskt* känner till hur det specifika rytande som MGM använder sig av låter i verkligheten, är härvid en annan sak.<sup>94</sup>

<sup>93</sup> Salomäki, J., *Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken*. Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Stockholm, 2003, s. 69. Se även Johnsson, H., Hemglass och ljudmärkena. En studie rörande ljudmärkenas registrerbarhet i Europa. *Studier i immaterialrätt*. Vol. 2. (Red. Andersen, C., m.fl.), Lund 2000. s. 64.

<sup>94</sup> OHIM:s besvärssavdelning i mål R 781-1999-4 (Metro Goldwyn Mayer).

Ett annat ärende, som visserligen rör amerikansk rätt, men som ändå är intressant för att visa på vilka olika typer av ljud till vilka ensamrätt efterfrågas, är Harley Davidsons ansökan om ett ljudmärke för motorljudet av de egentillverkade motorcyklarna. I ansökan beskrevs märket som ”*the exhaust sound of applicant’s motorcycles. Produced by V-Twin, common crankpin motorcycle engines when the goods are in use*”. Ansökan godkändes till en början av det amerikanska patentverket, men efter invändningar återkallades registreringen.<sup>95</sup> Denna ansökan har följts av ännu en som avser ”avgasljud” [sic!] för motorcyklar.<sup>96</sup> Ovanstående ärenden utgör exempel på ljudmärken för vilka kravet på grafisk återgivning kan utgöra ett uppenbart hinder för registrering.

## 3.4 Ljudmärken och kravet på särskiljningsförmåga

### 3.4.1 Kravet på särskiljningsförmåga

Enligt 1 § 2 st. VmL kan alla tecken som uppfyller kravet på grafisk återgivning utgöra varumärken, under förutsättning att de kan *särskilja varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls i en annan*. Kännetecknet skall fungera som ett individualiseringsmedel och som en beteckning för de varor som tillhandahålls under det. I 13 § VmL anges de grundläggande förutsättningarna för varumärkets registrerbarhet. Enligt 13 § 1 st. VmL skall ett kännetecken som *uteslutande, eller endast med mindre ändring eller tillägg anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris, eller geografiska ursprung eller tiden för dess framställande* inte i sig anses ha sådan särskiljande förmåga. I detta stycke definieras det allmänna kravet på särskiljningsförmåga, nämligen *distinktivitet*. Lagstiftarens utgångspunkt är att allt som kan *fungera särskiljande* kan utgöra kännetecken.<sup>97</sup> Om det varken finns en viss ursprunglig eller förvärvad särskiljningsförmåga hos ett tecken innebär det att det aktuella tecknet inte kan utgöra ett varumärke.<sup>98</sup>

Distinktivitetskravet motiveras av två skäl. För det första kan sådana märken som är alltför *enkla* och starkt *förknippade med varutypen* inte i sig

---

Salomäki, J., *Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken*. Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Stockholm, 2003, s. 62 ff. och Johnsson, H., *Hemglass och ljudmärkena. En studie rörande ljudmärkens registrerbarhet i Europa. Studier i immaterialrätt. Vol. 2.* (Red. Andersen, C., m.fl.), Lund, 2000, s. 64.

<sup>95</sup> Ur den källa som använts (se strax nedan) framgår emellertid inte vad som var anledningen till att registreringen hävdes (egen anm.).

<sup>96</sup> Löfgren, C. *Ljud med ensamrätt*, Brand News. Nr. 4, 2002, s. 13.

<sup>97</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl., Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 327 f och 342.

<sup>98</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl., Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 333 ff.

fullgöra uppgiften att *individualisera* en viss näringsidkares varor och skilja dem från konkurrenternas varor av samma eller liknande slag. Det beror på att konsumenterna inte skulle uppfatta sådana tecken som *individualiseringsmedel*.<sup>99</sup> Ett tecken måste nämligen ha ett eller annat inneboende eller förvärvat *särdrag* för att kunna fungera som kännetecken. Vidare gäller att om ett och samma märke hade använts av alla företag, så hade det inte funnits något behov av att skydda märket genom en ensamrättskonstruktion och följaktligen hade det inte heller förelegat några skäl att upprätthålla ett varumärkesrättsligt system.<sup>100</sup>

För det andra ligger det en strävan att *frihålla* vissa *vanligt förekommande symboler* eller *sedvanliga beteckningar* i kravet på särskiljningsförmåga. Det skall inte vara möjligt för en ensam näringsidkare att tillskansa sig ensamrätten till sådana allmänna företeelser som konkurrenterna tillbörligen måste kunna använda sig av i marknadsföringen av sina varor. Det är detta som kommer till uttryck i 13 § 1 st. VmL. Det är emellertid viktigt att sådana symboler som i realiteten *fungerar* som kännetecken också *kan skyddas* som sådana på ett rimligt sätt. I vilken utsträckning ensamrätt skall ges till en viss beteckning beror alltså även av konkurrenternas *lojala intressen* av att kunna använda kännetecknet.<sup>101</sup>

Vid avvägningen av vilka kännetecken som skall anses ha särskiljningsförmåga skall det göras en *helhetsbedömning* där de två motivkomplexen kumulativt skall tjäna som vägledning. Myndigheten undersöker alltså huruvida varumärket har särskiljningsförmåga genom att först kontrollera om det föreliggande märket kan *fungera som ett individualiseringsmedel* och därefter om det i så fall bör *förbehållas en enskild näringsidkare*. Härvid får inte konkurrenternas behov av att fritt kunna marknadsföra sina varor bli alltför eftersatta. Om något av ovan angivna kriterier inte skulle anses vara uppfyllt saknar märket erforderlig distinktivitet.

Uppräkningen i 13 § 1 st. VmL av sådana faktorer som *inte* medför särskiljningsförmåga utgör en exemplifiering av vad som anges i första meningen av paragrafen. Formuleringen avser i första hand ordmärken, men den skall även anses omfatta andra slag av märken.<sup>102</sup> Vid bedömningen av om ett märke äger tillräcklig särskiljningsförmåga skall hänsyn tas till *alla faktiska omständigheter* och särskilt till *den tid och omfattning* som märket varit i bruk. Det finns tecken som *i och för sig* inte besitter tillräcklig särskiljningsförmåga, men som kan erhålla det genom att de rent faktiskt används som kännetecken.<sup>103</sup>

---

<sup>99</sup> SOU 1958:10, s. 269 f.

<sup>100</sup> Salomäki, J., *Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken*, Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet, Stockholm, 2003, s. 8.

<sup>101</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M. a. a, s. 343 och 346.

<sup>102</sup> SOU 1958:10, s. 269 f.

<sup>103</sup> SOU 1958:10, s. 273.

Särskiljningsförmåga skiljer sig från andra grundläggande immaterialrättsliga krav i det att den *kan förvärvas genom inarbetning*. Genom att företagen använder sina kännetecknen i marknadsföringen kan dessa tecken så småningom komma att uppfattas, och vinna erkännande, som företagens *särskilda kännetecken*. Helt vanliga ord och betydelser kan få en så kallad ”*secondary meaning*” inom ett bestämt område. Det innebär att företeelser som *ursprungligen* inte varit ägnade att användas som kännetecken efter viss tid kan utgöra grund för ensamrätt. Bedömningen görs härvid genom en värdering av kännetecknets *betydelse* och *notoritet*. Enligt motiven till 1960 års lag omfattar bestämmelsen alla slags *varumärken*. Vid denna tid ansågs det emellertid inte vara möjligt att registrera ljud, varför det måste anses oklart om ljud omfattas av detta uttalande.<sup>104</sup> Kravet på särskiljningsförmåga regleras i art. 2 och 3 VmD, samt i art. 4 och 7 EG-VmF.

Kravet på särskiljningsförmåga kan rent teoretiskt uppfattas som rimligt, men den *praktiska bedömningen* kan ibland visa sig vara svår att göra. Bedömningen huruvida ett varumärke har särskiljningsförmåga görs *in casu*. Enligt svensk praxis och doktrin anses tecken registrerbara så länge tecknen *inte helt och hållet* saknar särskiljningsförmåga, dvs. så länge de innehåller *några* abstrakta eller suggestiva element. Inom gemenskapsrätten har det funnits en tendens att gå något längre i kravet på särskiljningsförmåga. Där anses ett märke *inte* besitta distinktivitet endast om det kan *uteslutas* att märket kan vara ägnat att särskilja innehavarens varor från andras.<sup>105</sup>

Kravet på särskiljningsförmåga är *inte* kopplat till frågan om *förväxlingsbarhet*. Förväxlingsbarhetskriteriet används för att avgöra huruvida ett märke skiljer sig i tillräckligt hög grad från en annan näringsidkares kännetecken för samma eller liknande varuslag, på sätt att det inte föreligger någon *risk att förväxla* tecknen *med varandra*. Frågan om *särskiljningsförmåga* rör däremot märkets *egen särart*.<sup>106</sup> Enligt europeisk praxis talar utvecklingen i riktning mot att kravet på särskiljningsförmåga allt mindre prövas utifrån märkets kvalitet som sådant, utan mer utifrån *dess förhållande till andra tecken* på marknaden.<sup>107</sup> Det innebär att bedömningen av märkets *särart* och *distinktivitet* i allt högre grad närmar sig bedömningen av likhetsgraden mellan förväxlingsbara märken. Detta är i och för sig en intressant fråga, men den kommer inte att beröras mer ingående här.<sup>108</sup> Ett annat drag i den europeiska utvecklingen är att allt större hänsyn visas i förhållande till de *investeringar* som företagen gör i sina märken, på så sätt att betydande investeringar från innehavarens sida öppnar för en mildare bedömning av märkets

---

<sup>104</sup> *Ibid*, samt Koktvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl., Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 347.

<sup>105</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M. a. a., s. 346.

<sup>106</sup> Algotsson, C., *Kravet på särskiljningsförmåga i ett harmoniserat Europa – svensk praxis och utvecklingen av gemenskapsvarumärken*. Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet. Stockholm, 2001, s. 19.

<sup>107</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M. a. a. s 346.

<sup>108</sup> Holmqvist, L. *Varumärkens särskiljningsförmåga*. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 1999, s. 537.

särskiljningsförmåga. Svensk praxis har inte helt följt EG-rättens utveckling i denna fråga.<sup>109</sup>

### 3.4.2 Kravet på särskiljningsförmåga avseende melodiska ljud i svensk praxis

PBR har uttalat sig i fråga om *särskiljningsförmåga hos ljudmärken* i samband med prövningar som i första hand har gällt kravet på grafisk återgivning. Endast två - av de i Sverige totalt elva - registrerade ljudmärkena har givit upphov till överklaganden. Inte i något av fallen påkallades överprövningen av att det rådde oklarhet i fråga om bedömningen av märkenas särskiljningsförmåga. Det huvudsakliga föremålet för PBR:s prövning var ju, som nämnts ovan, huruvida kravet på grafisk återgivning skulle anses uppfyllt. Trots detta uttalade sig PBR även i fråga om kännetecknens särskiljningsförmåga.

I det tidigare omtalade *Hjem-Ismålet* uttalade PRV i sitt avslagsbeslut att märket uppvisade *bristande särskiljningsförmåga*. Detta motiverades - möjligen något oväntat - genom följande uttalande: "Ett märkes 'identitet', enhetliga och konsekventa uppfattning hos olika personer, måste vara av stor betydelse för dess särskiljningsförmåga, något som är av grundläggande betydelse för registrerbarheten. Denna förmåga hos ettärke, som i bildform inte kan antas bli ljudmässigt uppfattat på ett och samma sätt av olika personer, måste anses litet. Det föreligger alltså brist i märkets särskiljningsförmåga." Vidare påpekade PRV att bristerna avseende särskiljningsförmåga inte kan botas genom att en beskrivning av ljudet tillfogas ansökan. Argumenten tycks i båda fallen vara mer ägnade att svara till bristerna avseende kravet på grafisk återgivning än till bristande särskiljningsförmåga.<sup>110</sup>

PBR angav inledningsvis att det är ett allmänt krav för registrering att varumärket skall ha erforderlig särskiljningsförmåga, enligt 13 § 1 st. VmL. Vidare påpekades att varumärkets förmåga att individualisera varor är beroende av olika faktorer, vilka skiljer sig sinsemellan, beroende på vilken typ avärke det är fråga om. PBR uttalade också att varumärken i form av melodier framför allt ger upphov till *hörselintryck*, men att vissa sådana märken också kan förmedla *föreställningsinnehåll*, exempelvis i form av känslor. Vidare angav PBR att den grafiska presentationen av ljud också kan förmedla *synintryck*, men att det är av underordnad betydelse vid bedömningen av ljudmärkens särskiljningsförmåga.

---

<sup>109</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl., Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s 346.

<sup>110</sup> Frågan är om PRV verkligen avsåg att mena att märket inte var ägnat att fungera som ett individualiseringsmedel av den anledningen att mottagarkretsen inte skulle uppfatta det på ett *entydigt* sätt. Jag menar att huvudsaken borde vara att mottagarkretsen uppfattar det som ett individualiseringsmedel *i någon form* (egen anm.).

PBR diskuterade därefter om det måste *visas* att ljudmärken *faktiskt erhållit särskiljningsförmåga* genom användning, vilket är fallet enligt den brittiska varumärkesrätten, men inte enligt den danska. PBR kom fram till att det inte borde ställas upp något generellt krav i detta hänseende. Myndigheten uttalade att särskiljningsförmåga istället bör prövas utifrån *märkets inneboende egenskaper*, på samma sätt som det görs i fråga om andra typer av märken. Om det därefter visar sig att märkets *ursprungliga distinktivitet* är otillräcklig, får det på vanligt sätt prövas om märket har *förvärvat* erforderlig särskiljningsförmåga genom användning. Alltså fastslog PBR att ljudmärken *kan* besitta erforderlig inneboende särskiljningsförmåga, oberoende av huruvida de är inarbetade eller ej. PBR uttryckte att ljudmärken inte skall bedömas annorlunda än andra kännetecken i detta avseende. I det konkreta fallet underströk PBR att det ansökta ljudmärket gav ett *pregnant fonetiskt intryck* av signalkaraktär, samt att märket var *lätt att minnas*. PBR konstaterade därför att melodin hade sådan särskiljningsförmåga som erfordras för registrering.<sup>111</sup>

Även radiokanalen P3:s visselsignal ansågs besitta tillräcklig särskiljningsförmåga. PBR angav i domskälen att signalen visserligen var *mycket kort* och att det redan av den orsaken skulle kunna ifrågasättas om den kunde anses ha tillräcklig särskiljningsförmåga, men besvärshöjningen menade att signalen var så *karaktäristisk i sig*, att den måste anses besitta särskiljningsförmåga, i vart fall för radioutsändningar. PBR ansåg dock att signalen var sådan att den angav varans art, beskaffenhet eller användning för vissa av de sökta varuslagen, på sätt som anges i 13 § VmL, varför kännetecknet inte kunde registreras för samtliga varor. Trots att PBR uttalat i Hjem-Isfallet att det inte skulle finnas något särskilt användningskrav i fråga om ljudmärken, påpekades det emellertid i beslutet att sökanden hade visat att signalen var känd för ett stort antal radiolyssnare, genom den höga graden av användning.

Det finns ett ansökningsärendet från PRV där kravet på särskiljningsförmåga har diskuterats ingående. Visserligen återtog själva ansökan, men i korrespondensen mellan sökanden och PRV kan myndighetens uppfattning i frågan utläsas. Fallet ger därför en ganska god bild av vilka faktorer som kan påverka bedömningen av särskiljningsförmåga i förhållande till ljud, även om det aktuella ärendet knappast kan anses vara prejudicerande. Ansökan gällde en signal som Luftfartsverket använder sig av för att påkalla uppmärksamhet i samband med att information skall delges resenärer på svenska flygplatser. Själva märket består av en kombination av två toner som återgavs medelst noter i ansökan. PRV menade att det föreligger hinder mot att registrera varumärket, eftersom det har bristande särskiljningsförmåga och närmare bestämt saknar *inneboende* sådan förmåga. Det står att läsa i den korrespondens som utväxlats att märket saknar sådan *särprägel* och *karaktär* som krävs för att märket skall vara lätt att minnas. PRV gjorde bedömningen att märket är ägnat att uppfattas som en *allmän meddelande-*

---

<sup>111</sup> Patentbesvärshöjningens beslut av den 17 december 1998 i mål nr. 95-491 (Hjem-Is Europa A/S).

*signal*, som används för att göra passagerare uppmärksamma på att viss information skall komma att ges. PRV menade att märket således inte är ägnat att särskilja en viss näringsidkares varor från *andra* näringsidkares varor.

Luftfartsverket bestred PRV:s avslag och anförde att märket är *unik* och *välkänt*, samt att det visst har särprägel, eftersom det har *använts i hög utsträckning* under flera årtionden. Vidare angav Luftfartsverket att märket har låtit exakt likadant under i stort sett hela denna period. Dessutom påpekade sökanden att det *fungerar som varumärke* för de tjänster man erhåller. Luftfartsverket menade att flera hundra miljoner passagerare har passerat flygplatserna sedan signalen tagits i bruk. Vidare anförde Luftfartsverket att det faktum att märket endast består av två toner *inte* gör det *banalt* på något vis. Dessutom menade man att under en kort period, när märket hade låtit annorlunda på grund av tekniska omständigheter, så hade kunderna påpekat detta. Påpekandena hade upphört efter att ljudet återtagit sin ursprungliga skepnad. Därefter gjorde Luftfartsverket gällande att det inte föreligger något *allmänt frihållningsbehov* och att signalen är *unik* och *skiljer sig från andra* i bruk varande signaler, varför märket har en inneboende särskiljningsförmåga, enligt Luftfartsverkets mening.

PRV framhöll emellertid alltjämt att hinder mot att registrera varumärket föreligger och vidhöll att märket *saknar särskiljningsförmåga*. Verket fäste alltså inget avseende vid de skäl som Luftfartsverket anförde. Av PRV:s kommentarer framgår att signalen är ägnad att uppfattas som en *allmän påannonsering* om att information skall komma och inte som ett igenkännings-tecken för en särskild näringsidkare, samt att man gjort bedömningen att det *finns ett frihållningsbehov* i fråga om den aktuella signalen. Vidare framgår det av kommentarerna att PRV anser att det skulle innebära *varumärkesintrång* om märket registrerades och andra näringsidkare skulle använda liknande ljudmärken för att uppmärksamma kunder på att information skall komma. PRV gjorde alltså bedömningen att signalen inte kan anses vara särskiljande för *en* näringsidkares varor, samt att *andra* näringsidkare måste kunna använda sig av ljudet för *samma ändamål* som Luftfartsverket. Denna bedömning svarar mot de kriterier som används ifråga om andra kännetecken. Alltså motsvarar PRV:s beslut i frågan det som uttalats i Hjem-Ismålet. Luftfartsverket accepterade faktum och återtog ansökan, varpå ärendet avskrevs.<sup>112</sup>

### **3.4.3 Kravet på särskiljningsförmåga avseende melodiska ljud i gemenskapsrättslig praxis**

EG-domstolen har ännu inte avgjort något ärende som explicit berör frågan huruvida ljudmärken kan besitta särskiljningsförmåga. I Shield Mark-målet konstaterade EGD endast kortfattat att ljudtecken i sig inte är otjänliga som särskiljande tecken. Kravet på särskiljningsförmåga inom varumärkesrätten

---

<sup>112</sup> Ansökan till PRV nr. 00-8956 (Luftfartsverket).



skiljer sig från de nyhetskrav som finns inom andra immaterialrättsliga områden. Ett kännetecken som har varit känt sedan länge kan trots det uppvisa *tillräcklig särskiljningsförmåga* i ett nytt kommersiellt sammanhang.<sup>113</sup> Ett exempel på det är att Beethovens verk *Für Elise* har använts i marknadsföring av diverse varor och tjänster. För OHIM:s del har det uttalats att kravet på särskiljningsförmåga *inte* har givit upphov till problem ifråga om ljudmärkens registrerbarhet enligt EG-VmF.<sup>114</sup> Liksom påpekats ovan tenderar utvecklingen i europeisk praxis att leda till att ett känneteckens förhållande till andra tecken på marknaden blir avgörande för om särskiljningsförmåga föreligger. Bedömningen avser då inte längre det aktuella tecknet i sig, utan hur det förhåller sig till andra tecken på marknaden.<sup>115</sup>

Det som prövas ifråga om melodiska ljudmärken är om *helheten av flera toner eller ljud* bildar något som kan fungera särskiljande och som därför är registrerbart i detta avseende. Exakt hur långa eller korta melodier som krävs är oklart. Det kan dock sägas att relativt *långa melodier* uppenbarligen fungerar bra som särskiljande kännetecken. Ett exempel på detta är European Broadcasting Unions fanfar med partitur för 10 instrument, vilken har registrerats som gemenskapsvarumärke.<sup>116</sup> I fråga om *kortare ljud* kan det emellertid vara svårt att visa att kravet på särskiljningsförmåga är uppfyllt. Ju kortare ett ljud är, desto större svårighet kan det tänkas ha att uppfylla kravet. Det bör dock påpekas att en alltför lång melodi inte nödvändigtvis kan fungera som ett särskiljande kännetecken. Var gränserna går är för närvarande inte preciserat, vare sig av registreringsmyndigheten eller av EGD.<sup>117</sup>

#### 3.4.4 Kravet på särskiljningsförmåga avseende övriga ljud

Idag tycks alltså den rådande uppfattningen vara att särskiljande tecken inte bara kan uppfattas med synsinnet, utan också med hörseln. Kravet på särskiljningsförmåga kan emellertid vara svårt att uppfylla för ljud i förhållande till vissa varor.<sup>118</sup> Detta kan i synnerhet antas gälla när märket utgörs av *det ljud som varan ger ifrån sig* i samband med att den används, exempelvis när en ringsignal från en telefon används i marknadsföringen av just telefoner.

Om lagstiftaren eller rättstillämparen, kommer fram till att bara vissa ljud, nämligen de som är *skapade* eller melodiska, kan fungera särskiljande i sig, medan andra, *mer naturliga* ljud, endast kan fungera särskiljande i förhål-

---

<sup>113</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl., Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s 346.

<sup>114</sup> New Types of Trademarks. OAMI News. Nr. 3. Den kan läsas på följande länk: <http://oami.eu.int/pdf/diff/oaminews3-03.pdf>. (Besökt senast den 2004-05-16).

<sup>115</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M., a. a., s. 329.

<sup>116</sup> Det vill säga Eurovisionsschlagerfestivalens signaturmelodi (egen anm.).

<sup>117</sup> Salomäki, J., *Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken*, Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet. Stockholm, 2003, s. 65.

<sup>118</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M. a. a., Stockholm 2002, s 338.

lande till vissa varor – nämligen för *andra varor* än för sådana som ger ifrån sig dem – uppstår gränsdragningsproblem som blir svåra att avgöra. Det kan till exempel vara fråga om ett ljudmärke som utgörs av ljudet från en trumma. När detta ljud spelas upp i en reklamfilm för just trummor kan flera frågor uppstå. Är det ett särskilt ljud som bara kan avges från den specifika trumman? Eller är det ett ljud som alla tillverkare av trummor måste kunna använda sig av i marknadsföringen av sina produkter? Eller är ljudmärket i själva verket en melodi? Andra exempel är tonerna från en högkvalitativ violin eller motorljudet från en välkänd motorcykel. Är de naturliga ljud som är specifika i sin ”genre”, eller skall de betraktas som egenskaper hos varan och därför inte anses vara särskiljande?

Ljudmärken kan visserligen sakna inneboende särskiljningsförmåga, men denna brist borde vara möjlig att bota på samma sätt som i fråga om andra typer av märken.<sup>119</sup> Som en jämförelse kan sägas att OHIM visserligen har nekat registrering av ett antal *färgmärken* på grund av bristande *inneboende* särskiljningsförmåga, men att bedömningen har blivit en annan i de fall då sökanden har kunnat visa att särskiljningsförmåga har förvärvats genom inarbetning.<sup>120</sup>

## 3.5 Ljudmärken och förväxlingskriteriet

### 3.5.1 Förväxlingskriteriet

Enligt 4 § 1 st. VmL innebär rätten till ett varumärke att ingen annan än innehavaren får använda sig av ett kännetecken som är *förväxlingsbart* med märket. Märket är emellertid bara skyddat mot sådan användning av förväxlingsbara kännetecken som sker *i näringsverksamhet*. Det som sägs i 4 § 1 st. VmL återspeglas i 14 § 1 st. 6, 7, 8 och 9 p. VmL, där det anges att *hinder* föreligger att registrera sådana märken som är *förväxlingsbara* med äldre märken.<sup>121</sup>

Förväxlingsbarhetskriteriet betraktas ex officio vid den *förprovning* som företas av PRV. Det kan också komma att aktualiseras genom en *invändning* mot registrering, enligt 20 § 2 st. VmL, eller vid en *intrångstalan* vid allmän domstol, enligt 37 § VmL. Bedömningen av förväxlingskriteriet skall alltid ske på samma sätt, oavsett av vilken anledning den företas. Bedömningen av huruvida förväxlingsbarhet föreligger kan delas upp i två delar. För det första skall det utvärderas om *märkena som sådana* uppvisar likheter. För det andra skall det undersökas om kännetecknen *avser varor av samma eller liknande slag*, enligt 6 § 1 st. VmL. Enligt den bedömningsregel som kommit att kallas *produktregeln* påverkar dessa båda faktorer varandra. *Varu-*

<sup>119</sup> Lunell, E., *Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt – några kommentarer kring ”Sieckmann-fallet”*, NIR 2003, s. 126.

<sup>120</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s 338.

<sup>121</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M., a. a., s. 350.

*slagsligheten* är av mindre betydelse för förväxlingsbarheten i fall *då kännetecknen* uppvisar en högre grad av likhet, medan bedömningen av *kännetecknens* likhetsgrad kan vara mer rigid och bedömas hårdare i fall där det rör sig om *samma slags varor* eller tjänster.<sup>122</sup>

Förväxlingsbarheten fastställs alltså efter en *helhetsbedömning* där märkenas likhetsgrad inte är avgörande. Det som blir utslagsgivande är istället det om det föreligger en risk att *konsumenterna förväxlar* varornas kommersiella ursprung. Den del av bedömningen som avser kännetecknens eventuella likhet utgår ifrån olika faktorer. Oftast är det *synbilden*, dvs. kännetecknens utseende, som väger tyngst, men i fråga om ordmärken beaktas även *ljudbilden*, dvs. i uttalet i fråga om ordmärken. Det är inte självklart att *föreställningsbilden*, dvs. meningsinnehållet i de fall ett sådant förekommer, härvid skall påverka bedömningen.

Även andra faktorer kan komma att beaktas. Ett exempel på detta är den ibland tillämpade *regeln om den bleknande minnesbilden*. Den utgår från det faktum att genomsnittskonsumenten sällan har möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan kännetecknen. Han måste därför förlita sig på en oklar minnesbild, där skillnaderna mellan tecknen suddats ut så till den grad att även ganska *olika kännetecknen uppfattas som lika*. Konsumentens uppmärksamhet ifråga om olika känneteckens kommersiella ursprung kan också påverkas av vilka *varor* det rör sig om. I detta avseende kan det vara stor skillnad mellan större inköp, exempelvis av en bil, och mindre, dagliga inköp, exempelvis. av toalettpapper.<sup>123</sup>

### 3.5.2 Förväxlingsbarhet i fråga om ljud

Eftersom det inte finns några ljudärenden där förväxlingskriteriet har prövats är det svårt att göra sig en föreställning om vilka faktorer som rätten skulle tillmäta betydelse i konkreta fall. I Henrik Johnssons artikel *Hemglass och ljudmärkena* görs emellertid en väl strukturerad hypotetisk förväxlingsbarhetsbedömning, vilken får tjäna som underlag för denna studie.<sup>124</sup> Fallet gäller det för läsaren numera bekanta ljudmärke som Hjem-Is registrerat. Detta ljudmärke används i samband med ambulerande försäljning av glass. I det hypotetiska fallet utsätts Hjem-Is svenska dotterbolag, Hemglass, för konkurrens från Glassbilen.<sup>125</sup> Lastbilarna som används i de båda verksamheterna är av samma fabrikat och sortimenten är likartade. Glassbilens signal påminner akustiskt om Hemglass signal, men den uppvisar ändå en viss grad av olikhet.

---

<sup>122</sup> SOU 1958:10, s. 251 ff.

<sup>123</sup> Johnsson, H., Hemglass och ljudmärkena. En studie rörande ljudmärkenas registrerbarhet i Europa. *Studier i immaterialrätt. Vol. 2.* (Red. Andersen, C., m.fl.). Lund, 2000, s. 66 f.

<sup>124</sup> Denna artikel, som visserligen har författats av en student, rymmer en diskussion som inte förs någon annanstans, varför jag – efter noggranna övervägningar – har valt att referera den tämligen uttömmande här (egen anm.).

<sup>125</sup> Vilket i och för sig är i överensstämmelse med förhållandena i verkligheten (egen anm.).

Det hypotetiska fallet går ut på att ombuden för Glassbilen skall bedöma huruvida den signal som används av företaget är *förväxlingsbar* med Hemglass signal. Bedömningen avser två nykomponerade melodier, varav den ena har registrerats som ljudmärke. För det första konstateras att *varuslagslikhet* föreligger. I enlighet med *produktregeln* kan då förväxlingsbarhet föreligga i märkeshänseende, trots att det märkena uppvisar vissa skillnader. Vidare, anför Johnsson, är *associationsrisken* – och därmed förväxlingsrisken – ganska stor, eftersom ljudmärken är en ovanlig företeelse.<sup>126</sup> Dessutom riktar sig de båda parterna till *samma målgrupp*.

De *varor* som saluförs är av sådan karaktär att konsumenterna inte fäster någon högre grad av uppmärksamhet vid det kommersiella ursprunget. Eftersom bilarna inte anländer till de olika försäljningsställena samtidigt, har konsumenterna ingen möjlighet att göra någon direkt jämförelse mellan parterna. Dessutom kan *bilden* av den signal som inte spelas upp vid det enskilda tillfället ha *bleknat* i konsumenternas minne. Därefter gör Henrik Johnsson en samlad bedömning av de *kontextuella omständigheter* som framförts. Han kommer därvid fram till att även sådana ljudmärken som skiljer sig åt kan komma att anses som förväxlingsbara, eftersom de krav som kan ställas på konsumenternas uppmärksamhet inte kan vara särskilt höga, med hänsyn tagen till *produkternas ringa värde* och till principen om *den bleknande minnesbilden*.

Vidare görs bedömningen att notbilden inte kan medverka till någon *föreställningsbild*, eftersom noter, enligt Johnsson, inte kan ha något meningsinnehåll. Skälet till detta är, menar han, att ljudet i sig inte har något sådant innehåll förrän det har tagits emot av och bearbetats av mottagaren. En sådan föreställningsbild blir då med nödvändighet *subjektiv* och beror på åhörarens reaktion, varför *notbildens* meningsinnehåll inte kan antas påverka bedömningen av förväxlingsbarheten. Därefter konstateras att bedömningen inledningsvis utgår från melodierna *såsom de återges grafiskt*. Härvid påpekas att *notbildernas* utseende i hög grad skiljer sig åt, förutom att de båda är entoniga. Detta skall dock inte medföra att märkena betraktas som förväxlingsbara, eftersom många melodier är just entoniga.

Vidare prövas om en *akustisk jämförelse* är möjlig. Hemglass melodi skulle då kunna *transformeras* till en akustisk upplevelse av en person som kan läsa noter, på samma sätt som ett ord kan läsas och därmed höras. Emellertid menar Henrik Johnsson att det inte – utifrån *notbilden* – låter sig göras en föreställning om hur ljudet låter. Han hänvisar också till PBR:s uttalande i det högst verkliga Hjem-Isfallet, där det konstaterades att en notbild alltid lämnar utrymme för en *konstnärlig tolkning*. Den slutsats som Johnsson drar av detta är att den enda meningsfulla jämförelsen mellan två melodier är den

---

<sup>126</sup> Här är jag av en annan uppfattning. Visserligen är det få ljudmärken som är registrerade som varumärken, men de som är *registrerade* skiljer sig nödvändigtvis inte i akustiskt hänseende från sådana ljudmärken som *inte* är registrerade, och de är – vill jag mena – ganska många (egen anm.).

mellan två melodier som har *samma akustiska uttryck*, i fråga om instrumentering, etc. och att jämförelsen måste göras mellan *melodierna i sig*.<sup>127</sup>

Johnsson fortsätter med att beskriva hur man genom att ”... de båda notbilderna [sic!] medelst samma uttryckssätt spelas eller sjungs upp...” kan konstatera att det föreligger *viss variation*, men även att *vissa likheter* föreligger i *akustiskt uttryck*, varför det – tillsammans med de tidigare anförda kontextuella aspekterna – talar för att en *sträng bedömning* skall göras och att ett intrång i Hemglass ensamrätt kan vara för handen. Johnsson konstaterar att slutsatsen är haltande, eftersom två melodier på så sätt fiktivt kan bedömas som lika, samtidigt som möjligen kan hållas i sär i sinnevärlden. Härvid anför att det kan röra sig om en mjuk notsvit på fiol respektive en stötvis framförd notföljd på bastuba. Slutligen konstaterar Johnsson att en reellt meningsfull bedömning förutsätter *akustiska betingelser*. Detta skulle emellertid, menar han, innebära att *notskrift inte kan anses vara ett nöjaktigt sätt att återge musik grafiskt*.<sup>128</sup>

### 3.5.3 Likhetsbedömningen mellan nya objekt och äldre rättigheter

Henrik Johnssons hypotetiska prövning visar på hur en förväxlingsbarhetsbedömning kan komma att göras. Det är emellertid oklart vad utfallet skulle bli i ett *verkligt ärende*, eftersom det inte har prövats tidigare. Den största utmaningen ligger i att avgöra märkets omfattning utifrån *noterna* i ansökan för melodiska ljudmärken och *sonogram* för andra, mer naturliga ljudmärken, samt att sedan – utifrån detta – bedöma *hur lika* märkena är i sig. I fråga om intrångsbedömningar som rör melodiska ljudmärken kan det vara intressant att se till den *upphovsrättsliga likhetsbedömning* som används för att avgöra om ett musikaliskt verk omfattas av annans upphovsrätt. Inom alla immaterialrättsliga discipliner är det ju som bekant avgörande vad som upplevs som *skyddsvärt*, och vad som därmed skall anses som *otillbörligt eftergörande*.

Först skall dock erinras om att upphovsrättslagen, lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (URL), har skapats med ett annat syfte än VmL. Där VmL har som enda syfte att skydda *kommersiella intressen*, är det huvudsakligen *upphovsmannens ideella och ekonomiska intressen* som är i fokus för skydd enligt URL. Upphovsrätten uppstår *formlöst*, redan genom *verkets tillblivelse*, medan rätten till ett varumärke, i enlighet med vad som sagts ovan, uppstår först genom *registrering* eller *inarbetning*. En ytterligare skillnad är att upphovsrätten är *tidsbegränsad* till upphovsmannens livstid och 70 år därefter, enligt 43 § URL. Visserligen kan varumärken - eller snarare sådana element som ingår i varumärken – även skyd-

<sup>127</sup> Dvs. hur de låter i den konkreta användningssituationen, såvitt jag förstår (egen anm.).

<sup>128</sup> Johnsson, H., Hemglass och ljudmärkena – En studie rörande ljudmärkens registrerbarhet i Europa. *Studier i immaterialrätt, vol. 2.*, (Red. Andersen, C. m fl.). Lund, 2002, s. 65 f.

das av upphovsrätt, men med hänsyn till bl.a. skyddstiden är det skydd som erbjuds genom URL i många fall inte tillräckligt.<sup>129</sup>

I intrångsprövningar enligt URL prövas först om det aktuella objektet alls kvalificerar för upphovsrätt, genom att dess *särprägel* och *individualitet* undersöks. Emellertid verkar det som om tröskeln för vad som skall anses vara ett verk är låg och att det därför är ganska mycket som skyddas av upphovsrätt. Det medför att *skyddets omfattning* blir relativt snävt i en del fall.<sup>130</sup> Efter att det konstaterats att ett *ursprungligt verk* föreligger prövas det *hur långt skyddet sträcker sig* i det enskilda fallet. Det som är utslagsgivande är *hur lika* det ursprungliga verket och efterbildningen uppfattas. Om de båda objekten ger samma estetiska upplevelse anses det vara fråga om samma verk, oavsett om eventuella skillnader föreligger.

Den *juridiska avvägningen* görs mellan hur mycket skyddet skall omfatta för att vara effektivt och vad andra måste kunna uttrycka utan att hindras medan den *estetiska avvägningen* handlar om att klarlägga de av verkets strukturer som ”är ägnade till igenkännande och erkännande”. Likhetsjämförelsen görs härvid mellan företeelser i den yttre, fysiska världen. Det är då fråga om vissa *strukturbestämda jämförelseregler* och det avgörande är om det uppstår en *identitetsupplevelse*. Detta kan jämföras med bedömningen av förväxlingsbarhet, särskilt i fråga om likheten mellan olika ljudmärken. I båda fallen måste det göras *en bedömning om det föreligger likhet* mellan de olika verken, respektive märkena.<sup>131</sup>

I fråga om likhetsbedömningen av musikaliska verk enligt URL finns ett tydligt exempel på en sådan i NJA 2002 s. 178 (Drängarna). I det aktuella fallet konstaterades det att den första melodin hade *verkshöjd*<sup>132</sup> och alltså var upphovsrättsligt skyddad. Därefter prövades om det senare verket var *nytt* och *självständigt* i förhållande till det ursprungliga verket eller om de var så pass lika att ett intrång i och för sig skulle anses föreligga. Parterna hade åberopat *skriftlig bevisning*, dvs. notutskrifter av melodierna, och *bandinspelningar*, som spelades upp i rätten. I tingsrätten konstaterades att likheten mellan melodierna var påfallande utifrån notbilderna och att det samma gällde i fråga om verken i audiell form. I hovrätten angavs att Bedömningskommittén för Musik och Upphovsrätt hos Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) hade uttryckt att melodierna uppvisade en *påfallande överensstämmelse*, trots vissa olikheter. Hovrätten framhöll

---

<sup>129</sup> Här skall även nämnas att ljudmärken dessutom kan åtnjuta ett visst skydd i enlighet med 4 och 8 § § marknadsföringslagen (1995:450).

<sup>130</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M., *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002, s. 58 ff.

<sup>131</sup> Koktvedgaard, M. och Levin, M., a. a., s. 76 och s. 157. Här är det emellertid tveksamt om man kan tala om verk, eftersom det senare objektet kan vara en variant av det äldre verket (egen anm.).

<sup>132</sup> Det upphovsrättsliga begreppet *verkshöjd* skiljer sig från det varumärkesrättsliga begreppet *särskiljningsförmåga*. Verkshöjd innebär att alstret har en så pass personlig prägel och är så originellt att två olika individer som skapar verk oberoende av varandra inte skulle uttrycka verkens innehåll på samma sätt (egen anm.).

att de *melodiska elementen* var framträdande i båda melodierna och att de skillnader som fanns i *harmonik* och *tempo* därför inte hade någon större betydelse.

Högsta domstolen angav att båda melodierna framfördes på *samma instrument* och att de utgjorde *upprepade* och *avgränsade inslag* i de båda låtarna. Vidare underströks att det faktum att melodierna uppvisade viss olikhet i nämnda avseenden visserligen medförde att de båda melodierna skulle anses ha *något olika karaktär*, men att likheterna var så påfallande att det var fråga om *samma verk* och att det därför förelåg ett objektivet *intrång* i rätten till den ursprungliga melodin. Enligt upphovsrättsliga grundsatser är det emellertid inte fråga om ett intrång, om det senare verket - trots uppvisad likhet - har *skapats oberoende* av det tidigare verket, varför det även konstaterades att så inte var fallet i fråga om den senare av de två melodierna. Även om det inte framgår explicit i domen att prövningen gjordes både utifrån *noterna* och genom att de *akustiska intrycken* jämfördes är det troligt att så var fallet, utifrån de argument som de olika instanserna förde fram.

De olika immaterialrätternas *inhåll* och *omfång* fastställs alltså genom att strukturbestämda jämförelseregler används. I fråga om den *upphovsrättsliga likhetsbedömningen* av melodier sker prövningen främst utifrån den *estetiska upplevelsen*. Det som är utslagsgivande är härvid hur *likartade* det ursprungliga och det efterbildade verket *uppfattas*. Bedömningen blir på en gång både *estetisk* och *juridisk*. Jämförelsen sker mellan *företeelser i den fysiska världen* och i slutänden handlar det om att avgöra om det uppstår en viss *identitetsupplevelse* hos lyssnaren.<sup>133</sup>

Den *varumärkesrättsliga förväxlingsbarhetsbedömningen* i fråga om melodiska ljudmärken visar sig vara mer problematisk. Eftersom märket är ett kännetecken som används av en näringsidkare i dennes verksamhet kan det tänkas att utgångspunkten borde tagas i märket *i den form som används av innehavaren*. Eftersom både den administrativa praxis som utvecklats i Sverige och EGD:s domar entydigt visar på att *noter* är godtagbara som grafisk återgivning, trots att de tillåter en viss konstnärlig variation vid uppspelning av dem, är det emellertid sannolikt att skyddet anses *omfatta mer* än bara det märke som används av innehavaren i dennes näringsverksamhet. Hur själva märkeslikheten skall kunna bedömas utifrån det som är återgivet i registret framstår då som tämligen oklart. Om inte skyddets *inhåll* som sådant kan fastställas innebär det nämligen att det uppkommer svårigheter att avgränsa *omfattningen* av skyddet.

---

<sup>133</sup> Kocktvedgaard, Levin, Lärobok i immaterialrätt. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 37 och s. 150.

# 4 Diskussion

## 4.1 Ensamrättskonstruktionen

Eftersom det varumärkesrättsliga systemet innebär tämligen långtgående *inskränkningar i friheten* för näringsidkare att använda kännetecken, är det påkallat att inte bara beskriva bestämmelsernas lydelse, utan även att diskutera *varför* de har fått den aktuella utformningen. Här skall några av de avväganden som ligger till grund för rättens utformning på området presenteras. Varumärkesrätten hänförs, liksom immaterialrätten i övrigt, till civilrätten, vilket ju är det övergripande rättsområde, inom vilket *rättsförhållanden mellan enskilda* regleras. Närmare bestämt hör immaterialrätten under förmögenhetsrätten, som reglerar sådana rättsförhållanden mellan enskilda som rör *egendom som har ett förmögenhetsvärde*.<sup>134</sup> *Rättigheter och förpliktelser* motsvarar två olika sidor av ett rättsförhållande och begreppsparet är centralt inom civilrätten. Den viktigaste rättighetstypen är *äganderätten*. Äganderätten ger ägaren till en viss egendom åtskilliga, men inte obegränsade, dispositionsmöjligheter över denna egendom.<sup>135</sup>

Varumärkesskyddet innebär att en ensamrätt i form av en *begränsad förfoganderätt* tilldelas innehavaren. Ensamrätten till ett varumärke kan *överlåtas*, dvs. säljas, upplåtas eller pantsättas, samt utgöra utmätbar egendom, enligt 32-34 j § § VmL. Innehavaren kan *hindra andra* från att förfoga över varumärket genom att vidtaga legala åtgärder, till exempel enligt 37 § VmL. Ensamrätten till ett varumärke är i själva verket ett av lagstiftaren accepterat *monopol* som i praktiken medför att en marknadsdominerande ställning etableras. Att det är accepterat motiveras av att den som investerar i ett varumärke också bör få avkastning på den gjorda investeringen, så att denne får incitament till att fortsätta investera och på så sätt väljer att bidra till samhällets ekonomiska tillväxt. Å andra sidan bör ensamrätten inte göras så omfattande att den *effektiva konkurrensen* hämmas.<sup>136</sup>

Den ensamrätt som lagen tillskriver innehavaren av ett varumärke är inte absolut. För det första gäller inskränkningen *i tiden*. Visserligen kan varumärkesskyddet i princip sägas vara evigt eftersom det kan förnyas i enlighet med 22 § 2 st. VmL, men ensamrätten är bara garanterad i tio år från registreringsdagen, enligt 22 § 1 st. VmL. Att ensamrätten är begränsad till att gälla en viss tid motiveras huvudsakligen av att registreringsmyndigheten inte skall översvämmas av sådana *formella registreringar* som inte motsvaras av någon reell märkesanvändning. *Defensiva registreringar* kan vara starkt hindrande för någon med ett verkligt behov av att få ett varumärke

---

<sup>134</sup> Levin, M., *Varumärkesrätten. En introduktion*. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 1999, s. 11 ff.

<sup>135</sup> Lehrberg, B., *Praktisk juridisk metod*. 4 uppl. Iustus Förlag. Uppsala, 2001, s. 47.

<sup>136</sup> Levin, M. a. a., s. 11 ff.



registrerat och de bör därför inte tillåtas, medan *offensiva registreringar* däremot bör godtas, eftersom de ger innehavarna möjlighet att bygga upp varumärket utan att utsättas för freeriderproblem.<sup>137</sup>

En annan, ganska besvärlig fråga, gäller *vad skyddet skall omfatta*. Ju mer som omfattas av den enskildes varumärkesinnehav, desto mer hindras andra från att använda. Ensamrätten måste därför vägas mot *andra näringsidkares lojala intressen* av att kunna använda kännetecknet för att marknadsföra sina varor. Hur stor vikt som läggs vid detta, det så kallade *frihållningsbehovet*, växlar från tid till annan. Det finns en uppenbar risk att varumärkes-skydd söks för vissa kännetecken, trots att det inte finns något reellt behov av att skydda dem. Om skyddet tillåts omfatta ”allting” riskerar det varumärkesrättsliga systemet att undermineras.<sup>138</sup>

Utöver detta kan annat, till exempel *informations- och yttrandefriheterna*, läggas. Avvägningens resultat är inte givet en gång för alla. Det varierar bland annat beroende på samhällsförhållandena. Faktorer som påverkar den gällande rätten är exempelvis olika *intressegrupperingars* inbördes styrkeförhållanden och vilken *politisk inriktning* som är rådande.<sup>139</sup>

Definitioner som ”ensamrätt” eller ”äganderätt” förenklar den juridiska diskursen, men det har uttalats att det finns en risk att sådana begrepp får en allt för stor inverkan på juristernas tankebanor. Även sådana definitioner som ger en på förhand bestämd precisering av olika företeelser kan nämligen fordra att en *lämplighetsbedömning* företas i den enskilda tillämpnings-situationen. Den *språkliga betydelsen* kan vara konstant, eller i alla fall kvarstå oförändrad under lång tid, och därför inte nödvändigtvis överens-stämma med *tillämpningen av en regel*, som kan vara mer dynamisk och föränderlig.<sup>140</sup>

Detta avsnitt syftar till att påminna om att rättens utformning inte måste tas för given. Bara för att något *är* på ett visst sätt, innebär det inte per automa-tik att det *bör* vara så. Av ovanstående framgår att vissa *avvägningar* bör göras, men vad *utfallet* skall bli är inte helt självklart. Faktum är att det inte ens är självklart vilka *faktorer* som skall tagas in och tillåtas påverka avväg-ningen. En *fullständig* avvägning ifråga om ljudmärkens registrerbarhet är vara alltför komplex för att rymmas inom ramen för detta arbete. Därför görs inga anspråk på att presentera en sådan här. Däremot skall ett antal för avvägningen *relevanta faktorer* presenteras i det följande.

## 4.2 Frågan om ljudmärkens registrerbarhet och

<sup>137</sup> Kocktvedgaard, M. och Levin, M. *Lärobok i immaterialrätt*. 7 uppl. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 2002, s. 332.

<sup>138</sup> SOU 1958:10, s. 295 och Holmqvist, L. *Varumärkens särskiljningsförmåga*. Norstedts Juridik AB, 1999, s. 76.

<sup>139</sup> Levin, M., *Varumärkesrätten. En introduktion*. Norstedts Juridik AB. Stockholm, 1999, s. 11 ff.

<sup>140</sup> Lehrberg, B., *Praktisk juridisk metod*. 4 uppl., Iustus Förlag. Uppsala, 2001, s. 69 ff.

## skyddets omfattning

### 4.2.1 Kravet på särskiljningsförmåga – tämligen oproblematiskt

Ovan har sagts att ljud kan registreras som varumärken under förutsättningen att de har *särskiljningsförmåga*. Efter vad som uttalats av registreringsmyndigheterna kan det konstateras att bedömningen av ett ljudmärkes särskiljande förmåga skall göras på samma grunder som i fråga om andra typer av kännetecken. Bedömningen ger emellertid upphov till en viss gränsdragningsproblematik, eftersom det kan tänkas att vissa ljud faktiskt *beskriver* själva varan och därför *saknar särskiljande förmåga*. Detta problem uppstår visserligen främst i förhållande till sådana varor som ger ifrån sig ljud. Det är ganska klart att melodiska kännetecken i stor utsträckning tillerkänns varumärkesrätligt skydd. Detsamma bör väl i alla fall anses vara fallet för andra, mer naturliga ljud, i alla fall om de registreras för andra varor än dem som ger upphov till dem.

Vidare kan det tänkas att vissa typer av ljud inte är ägnade att uppfattas som kännetecken. Emellertid kan det tänkas att alla ljud - oavsett hur de låter - som inte har en *inneboende* särskiljningsförmåga kan *förvärva* en sådan genom inarbetning. Professor Marianne Levin menar att ljudmärken visserligen kan fungera särskiljande, men att det *alltid* måste visas genom inarbetning att det är fråga om ett särskiljande tecken "... och inte 'bara' en melodi, ett rytande... osv.".<sup>141</sup> Denna åsikt stöds emellertid inte av de uttalanden som gjorts i ovan nämnd praxis, och som tydligt visar att ljud skall bedömas på samma sätt som andra kännetecken. Frågan om särskiljningsförmåga i förhållande till ljud har dock inte givit upphov till några större problem och det återstår att se om den kommer att föranleda någon mer ingående debatt i framtiden.<sup>142</sup>

---

<sup>141</sup> Löfgren, C. *Så ser ljudet ut*. (Intervju med Marianne Levin). Brand News. Nr. 10, 2003, s. 13.

<sup>142</sup> En indikation på hur lite uppmärksamhet frågan väcker är att ljudmärken avhandlas på cirka fyra sidor i Lars Holmqvists "Varumärkens särskiljningsförmåga", om 612 sidor (s. 70 ff.). Detta torde vara det mest omfattande av de svenska verk som behandlar kravet på särskiljningsförmåga, men diskussionen om ljudmärken berör ändå huvudsakligen kravet på grafisk återgivning (egen anm.).

#### 4.2.2 Kravet på grafisk återgivning – kontroversiellt och debatterat

Av vad som ovan framgått är kravet på att kännetecken skall kunna återges grafiskt för att vara registrerbara motiverat av *praktiska skäl*. Det skall vara möjligt för tredje man att finna registrerade varumärken, antingen i varumärkesregistret eller i Svensk Varumärkestidning, för att rättssäkerhetsaspekten skall kunna tillgodoses. Tredje man skall kunna *se* vilka kännetecken som är registrerade, varför även ljudmärken måste kunna återges visuellt.

Visserligen är det klart att EGD accepterar att tecken som inte är visuella kan utgöra registrerbara varumärken, men i Sieckmann-domen fastställdes - i enlighet med vad som ovan sagts - vissa kriterier som måste vara uppfyllda för att kravet på grafisk återgivning skall anses vara tillfredsställt. Kravet på grafisk återgivning syftar ju till att undvika alla subjektiva inslag vid processen att identifiera och uppfatta tecknet. Därför måste återgivningen vara otvetydig och objektiv. Det innebär att ljudmärken måste återges på ett *klart, precist, i sig fullständigt, lättillgängligt, begripligt, varaktigt och objektivt* sätt.

Det är framförallt kraven på *begriplighet, exakthet* och *varaktighet* som gör att det uppstår vissa frågor angående audiella kännetecken. Återgivningen måste ske med *visuella medel*, medan själva märket är ägnat att uppfattas med *hörseln*. Omvänt krävs att märket transformeras från notbild till ljud, genom att sjungas eller spelas upp, för att det skall kunna uppfattas utifrån återgivningen. Det uppstår härvid problem med att identifiera märket med tillräcklig precision. Om den grafiska återgivningen skall vara exakt leder det till att det blir svårt eller kanske omöjligt för tredje man att uppfatta märket.<sup>143</sup> Professor Marianne Levin påpekar att det alltid uppstår överföringsförluster när ljud skall återges grafiskt.<sup>144</sup>

Levin har även uttalat att det endast är få förunnat att höra ”rätt” ljud genom att titta på notskriften, varför begriplighetskriteriet inte skall anses uppfyllt genom att märket återges med noter. Hon har även angivit att noterna bara blir en illusion, eftersom det inte är ett bildmärke, utan ett ljudmärke, som avses i ansökan.<sup>145</sup> I Shield Mark-domen pekade emellertid EGD på att *märket är möjligt att uppfatta genom noter*, även om inte *alla* förstår det.

Jur. stud. Henrik Johnsson menade att PBR fullt ut har ”... *accepterat en vag och mångtydig beskrivning (där förståelsen i mångt och mycket beror på betraktaren)*...” genom att noter anses utgöra tillräckligt underlag för registrering. Johnsson uttalade att OHIM hade visat sig mer restriktiv i för-

---

<sup>143</sup> Lunell, E., *Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt - några kommentarer kring Sieckmann-fallet*, NIR 2003 s. 124.

<sup>144</sup> Löfgren, C., *Så ser ljudet ut*. (Intervju med Marianne Levin) Brand News. Nr. 10, 2003, s. 13.

<sup>145</sup> *Ibid.*

hållande till kravet på grafisk återgivning: ”Det föll dem aldrig in [*sic!*] att låta en eventuell registrering av ljudet ’*déclac de loquet*’ omfatta alla de möjliga klickljud som skulle kunna uppstå genom olika stängningsanordningar för dörrar... det torde krävas mer än vad PBR anser nödvändigt för att på ett nöjaktigt sätt grafiskt återge melodier.”

Johnsson tycks ha utgått ifrån att alla ljud skall bedömas enhetligt, vilket är en uppfattning som inte nödvändigtvis speglar förhållandena i verkligheten. Med tanke på hur rättspraxis har utvecklats är det tydligt att det uppstår *vis-sa* frågor i prövningen av *melodiska ljud* och *andra* frågor när ansökan gäller *ljud av en mer naturlig karaktär*. Rättsläget är emellertid oklart, eftersom det uttalades i MGM-fallet att sonogram möjligen kan användas för att återge ljud av en mer naturlig karaktär, på samma sätt som noter används för att återge melodiska ljud. Huruvida sonogram kommer att kunna användas på ett tillfredsställande sätt återstår emellertid att se, eftersom det exempel som använts i det konkreta fallet inte ansågs uppfylla Sieckmann-kriterierna.

### 4.2.3 Varumärketsskyddets omfattning – svåra gränsdragningar

Problemet är att ljudmärken inte kan återges direkt på papper, utan att de måste återges *indirekt*, med hjälpmedel som noter eller sonogram. Det innebär att det lämnas ett visst utrymme för tolkning i fråga om vad skyddet skall anses omfatta. Marianne Levin menar att människans sinnesförnimmelser är mindre sofistikerade och höst individuella i förhållande till ljud och att det kan leda till att ensamrätterna blir alltför omfattande. Hon gör gällande att det kan uppstå svårigheter för domstolarna att avgöra vems upplevelser av märket som skall styra bedömningen i exempelvis en intrångssituation.<sup>146</sup>

I den ovan refererade fiktiva förväxlingsbarhetsbedömningen anförde Henrik Johnsson att bedömningen primärt skulle ske utifrån *noterna*, som skulle spelas upp, men att bedömningen skulle förutsätta *akustiska betingelser* för att vara meningsfull. Johnsson påpekade att två olika märken som spelas upp utifrån noterna kan bedömas som lika på ett *fiktivt plan*, emedan de möjligen skulle kunna skiljas i *sinnevärlden*. Jag tolkar detta som att Johnsson menar att det krävs en uppspelning av märkena så som de låter i verkligheten, dvs. *när de används av parterna*, och att det endast är märkena *i denna form* som är skyddsvärda. Slutsatsen är därvid att notskrift inte skall anses vara ett tillfredsställande sätt att återge ljudmärken grafiskt, eftersom det inte är notbilden som används i realiteten.

Det finns emellertid vissa invändningar som kan göras mot denna uppfattning. Visserligen lämnar noter ett visst *utrymme för konstnärliga tolkningar* av ljud, men det är nog i alla fall en allmän uppfattning att noter faktiskt

---

<sup>146</sup> Löfgren, C., (Intervju med Marianne Levin). *Så ser ljudet ut*. Brand News. Nr. 10, 2003, s. 13.

återger melodiska ljud på ett ganska precist sätt, i alla fall så länge vissa minimikrav i fråga om noternas utformning tillgodoses. Inom musikkunniga kretsar råder det oftast inte någon tvekan ifråga om vilka ljud som avses i en viss notskrift. Hur skulle annars en orkester kunna låta något så när samspelt, även i fall så de står utan dirigent? Dessutom har det visat sig i praxis att det faktiskt anses tillräckligt att melodier återges grafiskt medelst noter.

Bedömningen av märkenas likhet bör ske med utgångspunkt i *den form av märket som är registrerat hos PRV*. Skyddet för de nu registrerade ljudmärkena bör alltså anses omfatta *alla* de tolkningar som kan göras utifrån noterna, eftersom det är de som utgör underlag för registreringen. Det kan inte uppfattas som kontroversiellt i ljuset av föreliggande registreringspraxis. Frågan är emellertid om detta är *lämpligt*. Med hänsyn till vad som sagts ifråga om avvägningen mellan frihållningsbehovet och den enskildes intresse av att erhålla ensamrätt till sitt kännetecken, kommer ju skyddet i så fall att omfatta *mer* än vad som används av näringsidkaren i det konkreta fallet. Denne får då även skydd för sådant som han *inte använder* sig av. Sådana formella registreringar som kan blockera en lojal och tillbörlig användning av kännetecken är inte önskvärda, enligt vad som sagts ovan i kapitel 4.1, i fråga om ensamrättskonstruktionen.

Alltså har Henrik Johnsson en poäng när han uttalar att förväxlingsbedömningen bör ske utifrån en uppspelning av märkena *såsom de låter i verkligheten*. Risker för en alltför långtgående monopolisering av allmänna uttryck, beteckningar och kännetecken framstår annars som överhängande. Det är därför önskvärt att registreringsmyndigheten skall omvärdera det som uttalats i fråga om *ljudinspelningar* och istället kräva att sådana skall lämnas in i anslutning till ansökan. Visserligen skulle kravet på *beständighet* så som det fastställdes i Sieckmann-fallet åsidosättas, men det kan anses vara motiverat.

I Sieckmann-fallet uttalade visserligen EGD att tecknet måste kunna uppfattas varaktigt och säkert för att märkets ursprung skulle kunna garanteras, på grund av varumärkesregistreringens varaktighet och förnybarhet, men detta argument tål att vändas på. Just det faktum att registreringen måste förnyas med kortare intervaller medför väl att även inspelningen kan förnyas? På så sätt kan ju en dålig inspelning ersättas med ny teknik, samtidigt som det ger en viss flexibilitet, vilket torde framstå som positivt både för innehavaren och registreringsmyndigheten. På så sätt kan skyddet uppdateras, så att det omfattar märket i den form som det används vid den aktuella tidpunkten. Det leder till att oönskade formalregistreringar kan undvikas.

Inspelningen bör också kunna läggas till grund för en likhetsbedömning, på samma sätt som det sker inom upphovsrättsliga intrångsprövningar idag, utan några större problem.

## 5 Avslutande kommentarer

Det framstår som helt klart att ljudmärken numera kan registreras, så länge de har *särskiljningsförmåga* och så länge kravet på *grafisk återgivning* är uppfyllt, enligt VmL. Denna omvärdering av varumärkesbegreppet föranleddes av ett anpassningsbehov, både i förhållande till EG-rätten och till teknikutvecklingen. Kravet på särskiljningsförmåga är fundamentalt, medan kravet på grafisk återgivning är sekundärt i förhållande till detta. Det har uttalats att kravet på särskiljningsförmåga inte kommer att leda till några specifika problem i ärenden som rör ljudmärken, medan kravet på grafisk återgivning har visat sig vara förhållandevis svårt att uppfylla på ett tillfredsställande sätt. Alltså är det ett – enligt min mening – rent *praktiskt krav* som hindrar att tillbörliga registreringar av ljudmärken kommer till stånd i många fall.

Under en längre period fanns det ingen praxis från EGD som behandlade denna fråga. En sådan dom kom emellertid genom Shield Mark-målet. Förutom att EGD bekräftade den svenska uppfattningen att *noter* utgör ett godtagbart sätt att återge ljud grafiskt, underströk domstolen att sökanden skall *precisera* att ansökan gäller ett ljudmärke, för att märket inte skall anses gälla ett ord- eller figurmärke. Domstolen vidmakthåller därigenom den traditionella uppfattningen att *synbara märken* har företräde vid bedömningen. Det är inte kontroversiellt i sig. Det måste anses vara naturligt att en ansökan som presenteras skriftligen också måste avse något skriftligt.

Det innebär emellertid att själva utgångspunkten, nämligen att varumärken måste kunna återges grafiskt för att vara registrerbara inte är särskilt lämplig att använda i förhållande till ljudmärken. Det måste anses ligga i sakens natur att sådana märken som är avsedda att *uppfattas audiellt* inte kan *avbildas visuellt*. För att förstå att kravet på grafik återgivning inte är ändamålsenligt i detta sammanhang räcker det att ställa sig frågan hur ett ljud ser ut. I praxis har det visserligen fastslagits att melodiska ljud kan återges tillräckligt noga med hjälp av notsystem, men för den som ansöker om annat än melodiska ljudmärken uppkommer svårigheten att bedöma hur ljudet skall kunna beskrivas när det naturliga sättet att återge det, nämligen på ett sätt som kan uppfattas med hörseln, inte kan användas.

I Shield Mark-målet kommenterades inte alla de återgivningsmetoder som Hoge Raad hade föreslagit. Det hade emellertid varit önskvärt att den högsta instansen hade klargjort hur det problematiska kravet på grafisk återgivning skall tolkas ifråga om ljudmärken. Frågan är om det är samhällsekonomiskt försvarbart att marknadens aktörer å ena sidan ständigt tvingas till nya *innovativa försök* att tillfredsställa de strikta kraven på grafisk återgivning av ljudmärken, medan domstolarna å andra sidan tvingas pröva alla dessa metoder för att sedan avslå dem. Detta förfarande kostar pengar och tar tid i anspråk för alla inblandade parter. Problem uppstår även ifråga om vad skyddet *omfattar* och *hur det skall kunna utläsas* av tredje man.

Det finns en ganska enkel lösning på detta problem. Eftersom förändringen av rättsläget har *påkallats av den tekniska utvecklingen* borde de arenor som har givit upphov till behovet av att skydda nya kännetecken kunna utnyttjas. Idag kungörs varumärken inte bara i pappersutgåvan av Svensk Varumärkestidning, utan även i en utgåva på Internet. Det är följaktligen fullt möjligt att använda en länk där ljudet återges audiellt. Alltså skulle det något missriktade kravet på att även ljud skall kunna återges grafiskt utmönstras ur lagtexten, samtidigt som rättssäkerhetsintresset upprätthålls genom att ljudmärken registreras på grundval av inspelningar.

Detta skulle också leda till att det är märket i dess *verkliga form*, dvs. det märke som används i det konkreta fallet, blir direkt återgivningsbart. Det skulle inte behöva transformeras och de subjektiva inslagen vid bedömningen av märket skulle minska. På så sätt skulle bedömningen av förväxlingsbarhet kunna närma sig den likhetsbedömning som redan godtas inom upphovsrätten. Alltså bör kravet i 1 § 2 st. VmL omfatta en *audiell och inte en grafisk* återgivning av ljudmärken.

# Litteraturförteckning

## Offentligt tryck

- SOU 1958:10                      Förslag till varumärkeslag, betänkande avgivet av varumärkes- och firmautredningen.
- Ds 1992:13.                        Ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet.
- Prop. 1992/93:48                EES-avtalet och immaterialrätten.

## Litteratur

- Algotsson, Cecilia                *Kravet på särskiljningsförmåga i ett harmoniserat Europa – svensk registreringspraxis och utvecklingen av gemenskapsvarumärket*. Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet, Stockholm, 2001.
- Bernitz, Ulf,  
Karnell, Gunnar,  
Pehrson, Lars och  
Sandgren, Claes                *Immaterialrätt*, 6 uppl. Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, Stockholm, 1998.
- Bernitz, Ulf. och  
Kjellgren, Anders                *Europarättens grunder*, 2 uppl. Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002.
- Dahlman, Christian,  
Glader, Marcus,  
och Reidhav, David              *Rättsekonomi. En introduktion*, Studentlitteratur, 2002.
- Holmqvist, Lars                 *Varumärkens särskiljningsförmåga*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1999.
- Johnsson, Henrik                Hemglass och ljudmärkena – En studie rörande ljudmärkens registrerbarhet i Europa. *Studier i immaterialrätt*, vol. 2., (Red. Andersen, C. m fl.), Lund 2002.
- Koktvedgaard, Mogens  
och Levin, Marianne            *Lärobok i immaterialrätt*, 7 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2002.



- Melin, Frans *Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken.* Liber Ekonomi, Lund, 1999.
- Norén Roeck Hansen, Else och Hylltner, Jan-Olof Registrerbara varumärken. *Praktisk varumärkes rätt* (Red. Levin, Marianne och Bonnier, Susanne.) Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.
- Peczenik, Aleksander *Juridikens teori och metod.* Norstedts Juridik AB, Lund 1995.
- Rasmusson, Ludvig *Håll ögonen öppna! Och öronen. En lärobok i konsten att iakttaga.* Uppsala Publishing House AB, Uppsala 2000.
- Salomäki, Johanna *Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken. Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms Universitet,* Stockholm 2002.
- Stockfelt, Torbjörn *Ljud och tystnader i dimensioner. Tillvaropsykologiska reflexioner om hörandets och lyssnandets konst.* Kungl. Musikaliska akademien, Jönköping, 1997.

## **Artiklar**

- Bye, Christian *Livet har sina goda stunder,* Brand News, nr. 4, 2002, s. 27.
- Fahlnaes, John *Det fina i kråksången.* Brand News 4/2002, s.24 ff.
- Hulgaard, Sophie *Ljudmärken och kravet på grafisk återgivning vid registrering av varumärken i ljuset av EG-domstolens praxis,* NIR 2004, s. 169 ff.
- Levin, Marianne *Nästan allt kan vara ett varumärke.* Brand News jubileumsnummer 1990-2000, s. 26 ff.
- Lunell, Erika *Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt – några kommentarer kring "Sieckmann-fallet",* NIR 2003, s. 124 f.
- Löfgren, Christer *Ljud med ensamrätt.* Brand News 4/2002 s 8 ff.

- Sahlqvist, Anders *Allvarligt talat. Ljud. Intervju med Johan Cla-  
sson och Johan Henning.* Brand News 4/2002 s.  
12 ff.
- Stuevold-Lassen,  
Birger *Krav för skydd för oregistrerade kännetecken  
och oregistrerade kännetecken som registre-  
ringshinder, nationellt och enligt varumärkes-  
förordningen.* NIR 1996, s. 35 ff.

## Övriga artiklar

New Types of Trademarks. OAMI News, Nr. 3. Kan läsas på OHIM:s hem-  
sida: <http://oami.eu.int/>. (Besökt den 2004-05-10).\_\_

## Otryckta källor

Hemsidan för Juridiska fakulteten vid Lunds universitet:  
<http://www.jur.lu.se/internet/biblioteket/examensarbeten.nsf> (Senast besökt  
den 2004-05-09).

Brand News hemsida:  
<http://www.brandnews.se> (Senast besökt den 2004-05-10).

OHIM:s hemsida:  
<http://oami.eu.int/> (Senast besökt den 2004-05-13).

PRV:s hemsida  
<http://www.prv.se/> (Senast besökt den 2004-05-13).

## Övrigt

Intervju med Anton Blomberg, PRV, 2004-04-22.

# Rättsfallsförteckning

## **Patent- och Registreringsverket:**

Patent- och registreringsverkets avslagsbeslut avseende ansökan nr. 92-11287.

## **Patentbesvärsrätten:**

Patentbesvärsrättens dom den 17 december 1998 i mål nr. 95-491 (Hjem-Is Europa A/S).

Patentbesvärsrättens dom den 25 januari 2000 i mål 96-208 (Sveriges Radio AB).

## **Högsta domstolen**

NJA 2002 s. 178 (Drängarna).

## **EG-domstolen:**

EG-domstolens dom i mål C-273/00 (Ralf Sieckmann mot Deutsches Patent- und Markenamt) av den 12 december 2002.

EG-domstolens dom i mål C-283/01 (Shield Mark BV mot Joost Kist h.o.d.n. MEMEX) av den 27 november 2003.

## **Förstainstansrätten:**

Décision de la Deuxième Chambre de Recours du 7 octobre 1998 dans l'affaire R1/1998-2 (Déclic).

## **OHIM:**

OHIM:s besväravdelning i mål nr. R 1/1998-2 (Déclic).