



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Åsa Malmberg

Några juridiska och strategiska aspekter på merchandising

Examensarbete
20 poäng

Ola Svensson

Civilrätt

HT 2003

Innehåll

SAMMANFATTNING	5
FÖRORD	6
FÖRKORTNINGAR	7
1 INLEDNING	8
1.1 Vad är merchandising?	8
1.2 Lagar	10
1.3 Frågeställningar	11
1.4 Avgränsningar	11
1.5 Metod	12
1.6 Använda källor	12
1.7 Disposition	13
2 VILKET SKYDD GER DE IMMATERIALRÄTTSLIGA LAGARNA DEN SEKUNDÄRA NYTTJANDERÄTTEN?	14
2.1 Introduktion	14
2.2 Vilket skydd ger upphovsrätten?	14
2.2.1 Ekonomiska rättigheter	14
2.2.2 Ideell rätt	16
2.2.3 Var går gränsen mot upphovsrättsintrång	18
2.2.4 Klassikerskyddet en möjlighet att skydda verk från intrång?	20
2.2.5 EU direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället	21
2.3 Vilket skydd ger känneteckensrätten?	22
2.3.1 Förväxlingsbedömning vid intrång	23
2.3.2 Inskränkningar i varumärkesrätten	24
2.3.3 Begränsad rätt för att marknadsföra registrerade tobaksvaror ihop med andra varor och tjänster	25
2.3.4 SOU 2001:26 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen	26
2.4 Vilket skydd ger marknadsföringsrätten?	27
2.4.1 Inledning	27
2.4.2 Marknadsföringslagen (1995:450)	27
2.4.3 Renommésnyltning som självständig grund	27
2.4.4 Rättsfallanalys angående renommésnyltning som självständig grund	28
2.4.4.1 MD 1999:21 (Robinson)	28

2.4.4.2	MD 2001:15 (Estline)	28
2.4.4.3	MD 2002:17 (Gladiatorerna)	29
2.4.4.4	Kriterier för renommésnyltning enligt MD 1999:21 (Robinson)	29
2.4.5	Regelkatalogen	32
2.4.5.1	Introduktion	32
2.4.5.2	Vilseledande marknadsföring - kommersiellt ursprung	32
2.4.5.3	Slaviska efterbildningar	32
2.4.5.4	Renommésnyltning vid jämförande reklam	33

3 LICENSAVTALSKLAUSULER OCH TILLÄMPLIGA LAGAR VID AVTAL 34

3.1	Inledning	34
3.2	Licensavtalet	34
3.2.1	Olika typer av licensavtal	34
3.2.2	Viktiga klausler i licenavtalet	35
3.3	Licensiering av immaterialrätter som företagsstrategi	35
3.3.1	Inledning	35
3.3.2	Varumärkskapital - Uppmärksamhetsvärde	36
3.3.3	Licensiera eller inte?	38
3.3.4	Varumärkesvärdering	40
3.3.4.1	Varför varumärkesvärdering?	40
3.3.4.2	Ekonomiskt liv	41
3.3.4.3	Subjektiva analyser	42
3.3.5	Faktorer som styr den ekonomiska livslängden	42
3.3.6	Upphovsrätt	43
3.4	Licensrättsliga regler i immaterialrätten	44
3.4.1	Varumärkeslicensiering	44
3.4.2	Upphovsrättslicensiering	45
3.5	Avtalslagen	48
3.5.1	Introduktion	48
3.5.2	Avtalslagens ogiltighetsregler	48
3.5.3	Jämkning av oskäligen avtal enligt 36 § AvtL	49
3.5.4	36 § AvtL och förutsättningsläran	51
3.5.5	Avtalstolkning	51
3.5.6	Standardavtal	52
3.6	Köplagen	53
3.6.1.1	Introduktion	53
3.6.1.2	Är köplagen tillämplig?	53
3.6.1.3	Köplagens felregler	55
3.6.1.4	Köplagens regler vid faktiska fel	56
3.6.1.5	Köplagens regler vid rättsliga fel	56
3.6.1.6	Rådighetsfel	57
3.6.1.7	Köplagen och immaterialrättsliga fel i varan	57
3.6.1.8	Går det att tillämpa köplagens påföljdsystem vid fel i immaterialrätten?	58
3.6.1.9	Vem bär felansvaret?	59
3.7	Konkurrensrättsliga aspekter	62
3.8	Sakrättsliga konflikter	65

4 ANALYS	67
LITTERATURFÖRTECKNING	71
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	75

Sammanfattning

Merchandising är en marknadsföringsform av immateriella rättigheter, där den ursprungliga rättigheten används till annat än den ursprungliga t.ex. att sälja varor med en känd figur på. Den engelska betydelsen av ordet ”merchandising” sammanfattar begreppet bra. Merchandising kan betyda handel med varor men också marknadsföring av dem. Trots den stora mängd merchandisingprodukter, som finns på marknaden, finns det inte mycket skrivet på svenska om fenomenet. Syftet med det här examensarbetet är att försöka belysa ämnet såväl ur en juridisk som ur en mer strategisk synpunkt.

Merchandising spänner över flera rättsområden och rör inte bara immaterialrätten. Immaterialrätten ger främst skydd mot intrång av tredje man. Kravet är, att det finns ett visst mått av identitet mellan den snyltande produkten och rättigheten. Det finns även krav på en klar identitet mellan merchandisingprodukten och den ursprungliga rättigheten. Vid konflikter mellan två avtalskontrahenter vid ett licensavtal ger immaterialrätten sämre skydd även om det går att stämma licenstagare, om han går utanför de rättigheter, som licensavtalet ger honom. Marknadsföringsrätten har visat sig vara ett effektivt sätt att få stopp på andra näringsidkare, som snyltar på merchandisingkoncept. Konkurrensrätten kan ställa till problemen eftersom stora avtal kan komma att träffas av konkurrensrättens regler. Exklusiva avtalsklausuler kan också träffas av konkurrensrättens regler, eftersom de kan verka marknadsuppdelande.

Det är inte riskfritt att licensiera ut eller att licensiera en rättighet. Den som funderar på det bör överväga för- och nackdelar. Det bästa sättet att försöka identifiera livslängden på en immaterialrätt är att försöka hitta den svagaste länken, indikerar kortast livslängd.

Vid en avtalskonflikt mellan två parter gäller i första hand att tolka avtalet. En möjlighet är att använda avtalslagen, men troligen kan den inte ge vägledning. Köplagen är tillämplig på köp av immaterialrättigheter, men inte vid licensiering. Den är dispositiv och främst ska även där beaktas praxis, handelsbruk eller sedvänja. Den är också generellt dåligt anpassad för handel med immaterialrätter. Köplagen ger därför en begränsad vägledning vid avtalskonflikter.

Förord

Merchandising är något vardagligt. Det går inte att gå in i en matbutik eller leksaksaffär utan att stöta på merchandisingprodukter. Samtidigt är reaktionen, när jag berättat om ämnet för examensarbetet. – Merchandising vad är det? Få känner till begreppet, även om alla har visat sig känna till fenomenet i sig.

Med det här examensarbetet vill jag försöka bringa klarhet i vad fenomenet innebär, främst juridiskt. Jag vill samtidigt tacka alla dem, som har hjälpt mig under tiden jag skrivit examensarbetet. Ingen nämnd och ingen glömd.

Förkortningar

ALIS	Administration av litterära rättigheter i Sverige
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.
BK	Bernkonventionen för skydd av litterära och konstnärliga verk (1886)
BUS	Bild-Ord-Not Upphovsrättslag samorgansiation
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
EG	Europeiska Gemenskapen <i>även</i> förkortning för det i Amsterdam reviderade EG-fördraget.
EGT	Europeiska unionens officiella tidning
EU	Europeiska Unionen
HD	Högsta Domstolen
HovR	Hovrätt
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright
KöpL	Köplag (1990:931)
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (1995:450)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I, Högsta domstolens domar
PK	Pariskonventionen för industriellt rättsskydd (1883)
Prop	Regeringens proposition
PRV	Patent och Registreringsverket
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
SFS	Svensk Författningssamling
SOU	Statens Offentliga Utredningar
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade in counterfeit Goods
URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VML	Varumärkeslag (1960:644)
WIPO	World Intellectual Property Organization

1 Inledning

1.1 Vad är merchandising?

En av de första att ägna sig åt merchandising var Beatrix Potter. Hennes tecknade bokfigurer, speciellt Pelle Kanin, började tillverkas som mjukdjur under 1900-talets första år. Merchandising innebär, att licenstagaren använder licensobjektet (immaterialrätten) i former eller för andra produkter än licensgivarens ursprungliga. I Pelle Kanin-fallet var det Beatrix Potters böcker som var grunden och dockorna som var den sekundära bearbetningen. Tyvärr var Beatrix Potter också en av de första att få sina mjukdjur olovligt kopierade av andra. De positiva effekterna av att individualisera en vara med hjälp av figurer var kända redan innan Beatrix Potters mjukdjur lanserades. Ur detta embryo föddes sedan fenomenet *character merchandising*. Begreppet merchandising breddades på 1960-talet, när karaktäristiska element ur TV-serier började licensieras ut. Merchandising har blivit en vanlig marknadsföringsform, och ett sätt att ytterligare utnyttja de immateriella rättigheterna för att försöka nå vinstmaximering. Merchandising omsätter idag biljoner dollar.¹

Innehavare av ett varumärke kan medvetet eller omedvetet bygga upp vad en immaterialrätt ska symbolisera. Ett varumärke blir något först i en bestämd miljö. Sidoprodukterna kan skapa eller förstärka den bild, som innehavaren av rättigheten vill ge. Ett omtvistat exempel är så kallad indirekt tobaksreklam där cigarettmärken försöker förknippas med äventyrsresor och kläder med ”rätt stil” för att undvika att förknippas med socialstyrelsens varningsmeddelanden på paketen. Merchandising kan därför användas som en medveten strategi för att bygga upp, förändra, och förstärka ett varumärke.²

För licenstagaren ger merchandising en möjlighet att öka värdet på sina produkter genom att dessa förknippas med det ursprungliga objektet. Tanken är att kundens begär och intresse för en produkt väcks genom hans/hennes känslor för karaktären. Väl genomförd merchandising kan ge enorma synergieffekter för de olika rättighetsinnehavarna. Produktens kvalitet kan spela en underordnad roll. Merchandising kan också vara ett sätt att underlätta introduktion av nya produkter på marknaden.³

Det är det sekundära nyttjandet, som främst skiljer merchandising från andra former av licensiering av immaterialrätter. Vid vanlig licensiering är det den ursprungliga produkten som licensieras ut. Typexemplet för vanlig licensie-

¹ Adams John; *Merchandising Intellectual Property*, London, 1987, s. XXV-XXIIX.

² För en fördjupning varumärkesstrategier, se Melin Frans bok; *Varumärkesstrategi om konsten att utveckla starka varumärken*, Malmö 1999, bl.a. s. 93-96. För en snabb genomgång av indirekt tobaksreklam se. Prop. 2001/02:64, *Vissa tobaksfrågor*, s. 26f.

³ Ruijsenaars Heijo E.; *The WIPO Report on Character Merchandising*, IIC nr 4/94 s. 536f.

ring är företaget, som vill börja sälja sina produkter i ett nytt land. Genom att licensiera ut rätten till att sälja/tillverka produkten till en lokal agent får de kontakt med folk, som kan den lokala marknaden och dess egenheter. Hela vägen är det fråga om samma primära produkt t.ex. skor.

Blandavtal är mycket vanliga. Vid licensiering av en musikal (primär produkt) till ett annat land, förekommer förutom rätten att sätta upp den också rätten till dess logotyp, men inte minst rätten att sälja tröjor och dylikt med musikalens logotyp (sekundära produkter). Ett annat närbesläktat fenomen är franchising som är en distributionsmodell för att marknadsföra varor och tjänster. Något förenklat kan ett franchiseavtal anses vara en kombination av ett återförsäljaravtal och ett licensavtal, som tar upp varumärken, andra kännetecken, samt know-how.⁴

Merchandising brukar delas upp i fyra undergrupper:

Character merchandising licensierar ut fiktiva karaktärer. Gruppen kan delas in i mänskliga karaktärer som Mr. Bean och icke mänskliga som t.ex. Pelle Kanin. Det finns flera möjliga vägar för att en fiktiv karaktär ska skapas. Vanligast är att dessa skapas genom böcker och tecknade serier, men filmer och konstnärliga verk är andra möjliga vägar att skapa vinstbringande fiktiva karaktärer. Fiktiva karaktärer kan också skapas för att agera som varumärke. Clownen Ronald McDonald är ett bra exempel på detta.

Personality merchandising är en form, där levande personer genom sitt välkända namn kan öka marknadsvärdet på en vara. Det är vanligt att anlita personer, som har någon form av ställning i samhället t.ex. artister och idrottare. Om en person, som framstår som en expert på ett område, gör reklam för en artikel, kallas det reputation merchandising. Många idrottsmän har efter sin idrottsliga karriär valt att utnyttja sitt namn för att skapa ett klädmärke och en ny inkomstkälla. Lacoste torde vara det klassiska exemplet.

Image merchandising är en ny mellanform av de övriga. Om en skådespelare kopplas till en viss roll med en viss image, så kan den skådespelaren användas för att marknadsföra den produkten. Det kan ske genom produktplacering i filmerna eller genom att skådespelaren själv i form av sin rollkaraktär gör reklam för produkten.

Trademark merchandising är, när ett välkänt varumärke exploateras utanför det ursprungliga användningsområdet eller för nya produkter. Det kan vara ett sätt att underlätta introduktionen av en ny produkt. Genom att få draghjälp av ett etablerad och välkänt varumärke minskar riskerna vid en introduktion.⁵

⁴ Levin Marianne, Nordell Per Jonas (red); *Handel med immaterialrätter*, Stockholm, 1996, s. 24.

⁵ Gozzo Giovanni; *Företagens immaterialrätter och licensavtal*, Eskilstuna, 1998, s. 100ff.

Det finns fall av merchandising, som passar in i olika kategorier och det gör att uppdelningen i undergrupperna är definitionsmässigt något flytande. Det saknas en riktig, enhetlig definition av merchandising och risken är att all sorts reklam användning kan komma ses som merchandising. Ett tveksamt exempel är reklam, där en verklig person framstår som expert eller användare av en viss produkt. Gränfallen är många och det kan vara svårt att avgränsa vad som är merchandising och inte.⁶

Alla former av skyddade intellektuella rättigheter kan bli föremål för merchandising. Mönsterskyddade varor kan mycket väl användas i merchandising. Ett möjligt exempel är godisförpackningar, som kan ha samma design som en mönsterskyddad vara (mobiltelefoner). Ett patent eller en skyddad växtsort skulle mycket väl i teorin kunna bli föremål för merchandising. För att bli föremål för merchandising krävs dock, att föremålet har viss merchandisingpotential, vilket patent och skyddade växtsorter i regel inte har.

1.2 Lagar

Flera rättsområden påverkar vid slutande av merchandisingavtal. Vid en licensieringssituation måste parterna ta hänsyn till rättsområden som avtalsrätt, immaterialrätt, konkurrensrätt och sakrätt. Immaterialrätten styrs i grunden av flera internationella konventioner, som garanterar en mininivå av skydd i de olika ländernas immaterialrättsliga lagar samt av EG-rätten. De konventioner, som är aktuella i det här examensarbetet är;

Bernkonventionen (BK)

Pariskonventionen (PK)

Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights.(TRIPs)

BK och PK garanterar genom principen om nationell behandling, att medborgare i konventionsländer har rätt till samma rättskydd och åtgärder som de egna medborgarna i landet.⁷

I de immaterialrättsliga lagarna främst varumärkeslagen (1960:644) och upphovsrättslagen (1960:729) finns det ett par dispositiva regler, som rör licensiering. Annars är det avtalslagen (1915:218) och köplagen (1990:931), som tillämpas vid avtalsrättsliga frågor. Det finns inga formkrav för licensavtalen och de kan i princip ingås i vilken form som helst. Mycket har hänt, inte minst teknologiskt, som har gjort att upphovsrättslagen har blivit föråldrad. Även varumärkeslagen står inför förändringar och SOU 2001:26 ("Ny varumärkeslag och ändringar i fimalagen") är ute på remiss.

⁶ Ruijsenaars; s. 537.

⁷Prop. 1969:169 *Pariskonventionen - Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée à Stockholm le 14 juillet 1967*; Prop. 1973:15; *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*; Prop. 1994/95:35; *Agreement on Trademark Related Aspects of Intellectual Property Rights "TRIPS"*.

1.3 Frågeställningar

Det kan vara svårt att undgå den mängd produkter som förekommer vid t.ex. stora filmanseringar. Det räcker även med att gå in i en vanlig livsmedelsaffär för att mötas av godis med olika välkända figurer på eller kända ansikten på flingpaketen. Lägg därtill alla tecknade seriefigurer på kläder, väskor och leksaker. Trots detta är begreppet merchandising relativt okänt ur juridiskt synpunkt, även om fenomenet i sig är välkänt för de flesta. Merchandising är intressant i flera juridiska avseenden. Sett ur ett immaterialrättsligt perspektiv är frågor om vilket skydd immaterialrättslagarna ger merchandisingprodukter intressanta. Det är viktigt för tredje man att veta var gränsen för intrång går för egna produkter mot andras merchandisingprodukter. Hur mycket går det att ta efter andras merchandisingprogram utan att begå intrång? För rättighetsinnehavarna är frågan omvänt ställd. Vad går gränsen för intrång vid sekundärt nyttjade av en rättighet? Vilket kompletterande skydd ger marknadsföringsrätten?

Vilka överväganden bör göras vid startandet av ett merchandisingprogram? Strategiska men även rent ekonomiska överväganden måste göras vid start av ett merchandisingprogram. Vilka möjligheter finns att tillämpa köplagen och avtalslagen vid en konflikt mellan parterna? Finns det några andra regler, som kan fungera som alternativ? Vid vilka situationer kan konkurrensrätten bli aktuell?

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen kommer att ta upp och analysera fenomenet merchandising ur ett rättsligt perspektiv. Merchandising är ett omdebatterat fenomen, men tanken är att examensarbetet ska vara en rättsutredande uppsats, som inte tar ställning till etiska aspekter. Examensarbetet går inte närmare in på formerna personality merchandising och image merchandising. Orsaken är att de inte främst grundar sig på upphovsrätt och varumärkesrätt utan är ett lapptäcke av lagar och självsaneringsorgan, vilket kan vara grunden för ett examensarbete för sig. Reglerna kring s.k. counterfeiting (piratkopiering) och parallellimport av immaterialrättsligt skyddade produkter är även de alltför omfattande för att få plats det här examensarbetet.

Den svenska upphovsrättslagen är på väg att förändras och anpassas till EU-direktiv 2001/29EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället. Direktivet skulle ha varit genomfört till den 22 december 2002. Justitiedepartementet har precis publicerat en departementspromemoria - Ds 2003:35 "Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktivet 2001/29 EG mm". Det är förslaget att lagändringen ska gälla från och med den 1 januari 2004. Direktivet medför ingen revidering av de grundläggande principerna utan nuvarande lagtext kommer att användas i uppsatsen. Hänsyn har därför inte tagits till

kommande lagändringar utan lagändringen behandlas som egen rubrik. Dessamma gäller för de föreslagna ändringarna i varumärkeslagen, enligt SOU 2001:26 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.⁸

1.5 Metod

Målet har varit att använda en källkritisk och deskriptiv metod i uppsatsen. I den mån det har varit möjligt, har jag försökt, att använda de primärrättsliga källor som finns och sedan kompletterat med sekundärrättsliga källor. Så långt som det är möjligt, har jag försökt att använda material från skilda källor i uppsatsen. Bitvis har tillgången till material varit begränsad i uppsatsen.

1.6 Använda källor

Det som finns skrivet om merchandising i Sverige är oftast en bisats i olika böcker. Tillgången på material är bitvis begränsad speciellt när det gäller avtalsdelen. Ett par böcker behandlar ämnet något grundligare, nämligen Gozzo Giovannis "Företagens Immaterialrätter och Licensavtal" samt Levins "Handel med immaterialrätter". I tidningen Brand News har ämnet tagits upp men då främst genom intervjuer men personer, som praktiskt arbetar med merchandising. Exempel på ämnen som har behandlats i Brand News är merchandisingen kring seriefiguren Bamse och Mumintrollen.

Förarbeten och standardverken i immaterialrätt respektive avtalsrätt är främst den litteratur som har använts.

Utomlands har ämnet behandlats sedan sent 1960-tal. Det har skrivits om merchandising inom den brittiska rättslitteraturen. Exempel på det är böckerna: "Merchandising Intellectual Property Rights" av Joanna R. Jeremiah och "Merchandising Intellectual Property" av John Adams. Jeremiah och Adams är barristers. Eftersom den anglosaxiska rättstraditionen skiljer sig avsevärt från den svenska, har den anglosaxiska litteraturen i princip inte kunnat användas i uppsatsen. Den har i stället använts som bakgrundsläsning.

Merchandising är ett ämne, som gärna behandlas av ekonomerna och då faller in i ämnena marknadsföring, varumärkes- och företagsstrategier samt värderingen av varumärken och licensieringsprogram. Det finns gott om litteratur, men den är inte juridisk, ej heller skriven av jurister, utan av dem som arbetar med värdering av varumärken och projekt.

⁸ Telefonsamtal med Malin Bonthron på justitiedepartementet, den 5 mars 2003, EU direktiv 2001/29/EG; http://justitie.regeringen.se/propositionermm/ds/pdf/ds2003_35a.pdf (2003-11-18).

1.7 Disposition

Målet med examensarbetet är att granska fenomenet merchandising. Den primära strukturen är en inledning som tar upp och definierar de olika typer av merchandising som finns och vad som skiljer dem från ren licensiering och andra närbesläktade områden som franchising. De aktuella rättsområdena presenteras, liksom också de problemställningar som examensarbetet kommer att ta upp.

Problemställningarna kan delas upp i två huvudområden. Det första huvudområdet tar upp vilket rättsligt skydd som upphovsrätten, känneteckensrätten och marknadsföringsrätten kan ge. Nästa del av examensarbetet behandlar olika rättsliga och strategiska aspekter vid licensiering. Slutmålet med uppsatsen är den analys, som kommer att ge svar på frågeställningarna.

2 Vilket skydd ger de immaterialrättsliga lagarna den sekundära nyttjanderätten?

2.1 Introduktion

Vilket skydd ger immaterialrätten det sekundära nyttjandet av immaterialrättigheter? Upphovsrätten och varumärkesrätten är olika till sin struktur och uppbyggnad. Nedan ges en övergripande beskrivning av dessa rättsområden.

2.2 Vilket skydd ger upphovsrätten?

2.2.1 Ekonomiska rättigheter

Frågan om vilket skydd upphovsrätten ger är övergripande och bör delas upp i tre undergrupper. Vilket skydd ger upphovsrätten upphovsmannen vid en licensieringssituation? Vilket skydd ger upphovsrätten det sekundära nyttjandet? Sist men inte minst, vilket skydd ger upphovsrätten mot intrång av tredje man.

Upphovsrätten uppkommer automatiskt och är samhällets belöning för konstnärens insats. Den kan liksom alla äganderätter exploateras kommersiellt. Upphovsrätt är en vanlig grund för exploatering genom merchandising. Exempel på detta är att filmkaraktärer ofta har sitt ursprung i litterära verk och i samband med marknadsföringen av filmen tas produkter med filmens figurer fram. Spelprogrammen har öppnat nya möjligheter till att licensiera rättigheter t.ex. litterära verk till producenter av spelprogram, som kan göra spel med anknytning till verket.^{9,10}

Upphovsrätten är formlös, dvs. den tillkommer inte genom några formaliteter som registrering eller deponering. Det enda kravet är att verket uppfyller kriterierna för att vara ett verk. Upphovsrätten spänner över ett stort fält.

Upphovsrätten skyddar enligt 1 kap.1§ 1 st URL till exempel

- skriftligt verk,
- datorprogram,
- musikaliskt verk,

⁹ En upphovsmans äganderätt till sitt verk är grundlagsskyddad i 2 kap. 19 § regeringsformen. I 2 kap. 19 § står det: "Författare, konstnärer och fotografer äger rätt till sina verk enligt bestämmelser som meddelas i lag."

¹⁰ Nordell Per Jonas; *Rätten till det visuella*, Stockholm, 1997, s. 329.

sceniska verk,
filmverk,
byggnadskonst,
brukskonst,
bilder och fotografier,
eller något annat verk, som kommer i uttryck på något annat sätt.

Uttrycksformen för verket spelar ingen roll. Upphovsmannen måste vara en fysisk person och inte ett djur eller maskin. Verk av myndigheter i form av beslut, författningar etc. omfattas inte av upphovsrätten. Till upphovsrätten räknas även de s.k. närstående rättigheterna och de regleras i 5 kap. URL. De närstående rättigheterna skyddar de utövande (uppträdande) konstnärernas rätt till sina verk. Exempel på rättigheter som skyddas är producenternas rättigheter till sina filmer och skivor, radio och tv-sändningar, fotografiska bilder, samt den utövande konstnärens framförande av ett stycke.¹¹

Generellt gäller, att upphovsrätten varar sjuttio år efter den siste upphovsmannens död, se 43 § URL. Vid okända upphovsmän (anonym författare, som skriver under pseudonym) räknas tiden från att verket utgavs enligt 44 § URL. För bilder och foton gäller speciella regler. Ett fotografiskt verk har en skyddstid på 70 år enligt 43 § URL medan en fotografisk bild bara har en skyddstid på 50 år från att de framställdes, enligt 49 a § 3 st. URL. Det kan vara svårt att avgöra skillnaden mellan de båda grupperna.¹²

För att en skapelse ska uppnå upphovsrättsligt skydd krävs det, att verket uppnår så kallad verkshöjd. I begreppet verkshöjd ingår, att verket ska i viss mån vara självständigt och ha en viss originalitet. Två personer ska inte vara för sig kunna skapa samma verk. Det är lätt att få skydd för sin skapelse eftersom verkshöjdsnivån är lågt satt i Sverige. Gränsen mellan plagiat och självständiga verk kan vara svår att dra.¹³

Upphovsrätten är en förmögenhetsrätt, som fritt kan överlåtas eller licensieras ut. Till ensamrätten räknas dels den ideella rätten, som behandlas i nästa kapitel, dels den ekonomiska rätten. Den ekonomiska rätten kan delas upp i två delar, enligt 2 § 1 st. URL.

Upphovsmannen har rätten att besluta hur många exemplar verket ska framställas i.

Upphovsmannen har rätten att bestämma om ett verk ska göras tillgängligt för allmänheten.

Det gör, att konstnären kan förbjuda all exemplarframställning av verket och besluta om verket ska göras tillgängligt för allmänheten eller inte.

Upphovsmannen kan styra över den det första tillgängliggörandet.

Tillgängliggörandet kan ske på tre sätt beroende på vilken typ av verk det är, enligt 2 § 3 st. URL:

¹¹ Kocktvedgaard Mogens/Levin Marianne; *Lärobok i Immaterialrätt*, Sjätte upplagan, Stockholm, 2000, s. 90.

¹² Kocktvedgaard/Levin, s. 172ff

¹³ Kocktvedgaard/Levin, s. 70.

offentligt framförande av verket
spridning av verket
offentlig visning av verket

Ett verk är offentliggjort enligt 8 § 1 st. URL, då det med upphovsmannens samtycke har gjorts tillgängligt för allmänheten. Det första offentliggörandet går inte att dra tillbaka. Grunden för att ett offentliggörande ska vara giltigt, är att det finns samtycke från upphovsmannen. Upphovsmannens starka position vad det gäller det första nyttjandet, ger honom möjlighet att kontrollera verkets nyttjande. Det är också grunden för hans möjligheter att välja, hur han ska utnyttja verket ekonomiskt. Om verket inte har blivit offentligt, kan det inte heller tas i mät av hans borgenärer, enligt 42 § URL.

Den ekonomiska rätten kan överlåtas med upphovsmannens samtycke enligt 19 § 1 st. URL. Vid den första överlåtelsen av ett exemplar konsumeras upphovsmannens rätt och hans rättigheter till exemplaret inskränks i princip till den ideella rätten. Han kan inte styra över exemplarets vidare öden. Köparen av verket har dock ingen rätt till exemplarframställning eller offentligt framförande av verket. 19 § URL ger vid handen, att rätten att bestämma över spridningen endast konsumeras vid överlåtelse av ett exemplar av verket.¹⁴

Även rätten till kommande verk kan överlåtas, men det måste vara klart specificerat, vad det innebär. Generella överlåtelser är inte tillåtna utan det måste vara klart preciserat, vad som ingår.¹⁵

Inskränkningar i upphovsmannens rätt till verket behandlas i 2 kap. URL. Exempel på inskränkningar är bl.a. rätten att för eget bruk framställa egna exemplar av skyddade verk, som är offentliggjorda enligt 12 § 1 st. URL. Det är också tillåtet att citera ur verk, enligt 22 § URL. Att låta en utomstående plagiera andras konstverk är däremot inte tillåtet, inte heller att framställa exemplar av film eller musikaliska verk eller att kopiera datorprogram och databaser, enligt 12 § 2 st. URL.¹⁶

2.2.2 Ideell rätt

Inom upphovsrätten finns förutom det ekonomiska skyddet för rättigheterna även en moralisk rättighet eller ideell rätt (*droit moral*). Nuvarande upphovsrättslag bygger på idén om den ensamma konstnären som värker fram sina verk under stora våndor. Upphovsmannens verk ses som hans andes barn och han antas ha ett speciellt förhållande till dem. Upphovsmannens förhållande till sitt verk anses så speciellt i förarbetena, att den ideella rätten inte kan avtalas bort vid en överlåtelse av verket utan enbart delvis efterges, 3 § 3 st och 27 § URL. Bernkonventionen (BK)

¹⁴ SOU 1956:25, *Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk*, s. 107.

¹⁵ Kocktvedgaard/Levin s. 99.

¹⁶ Kocktvedgaard/Levin s. 155.

föreskriver i art. 6 bis. 1. BK att den ideella rätten alltid ska bli kvar hos upphovsmannen vid en överlåtelse.¹⁷

Den ideella rätten består av två delar, rätten till namngivelse, 3 § 1 st. URL, och rätten till respekt, 3 § 2 st. URL. Respekträtten består i sin tur av två delar. Upphovsmannen har rätt att slippa se sina verk i stötande sammanhang och verket får inte heller ändras på ett sådant sätt, att upphovsmannens konstnärliga eller litterära anseende eller egenart kränks. Konstnärens anseende syftar inte på det anseende som allmänheten runt omkring honom har som samhällsmedborgare, utan på hans litterära eller konstnärliga anseende. Hans anseende som medborgare skyddas av brottbalkens regler om ärekränkning. Med egenart syftas på upphovsmannens personliga syften och intentioner med verket. I förarbetena anges som exempel ett tungt och allvarligt teaterstycke, som med några få ändringar blir en komedi, som är helt främmande för författaren. Om en upphovsrätt utsätts för grov kommersialisering utan upphovsmannens samtycke, kan det uppfattas som stötande av upphovsmannen och kränka hans ideella rätt. En grov kommersialisering kan ur konstnärens synvinkel skada hans egenart och anseende som konstnär.¹⁸

Dagens teknikorierade samhälle ser annorlunda ut mot när upphovsrättslagen skrevs. Många verk, som olika datorspel och dylikt, kommer fram i anställningsförhållanden med flera upphovsmän. Den ideella rätten stannar kvar hos arbetstagaren i ett anställningsförhållande med undantag för om den anställde har till uppgift att skapa datorprogram. Den ideella rätten går då över till arbetsgivaren. Det står inte tydligt i 40 a § URL men går att läsa ut: *”Upphovsrätten till ett dataprogram som skapats av en arbetstagare som ett led i hans arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren, övergår till arbetsgivaren, såvida inte något annat har avtalats.”* Paragrafen är omdiskuterad eftersom den innebär en inskränkning av art.6 bis BK. De flesta datorprogram kommer till genom lagarbete på en arbetsplats. Den personliga anknytningen till verket blir då mindre, inte minst om det dessutom är en del av ett större merchandisingprojekt kring en känd karaktär och färdig story.¹⁹

Den personliga bindningen, som en upphovsman har till sitt verk, kan av naturliga skäl inte överlåtas, däremot kan upphovsmannen efterge sin rätt och låta bli att göra sina rättigheter gällande. Resten av upphovsrätten kan helt eller delvis överlåtas, 27 § URL. Trots vad lagen säger förekommer det att den ideella upphovsrätten i praktiken säljs. Eftergiften kan inte vara generell utan måste vara specifik. För en licenstagare kan det vara skönt att slippa ha en upphovsman som i efterhand ställer till bråk med hänvisning till den ide-

¹⁷ SOU 1956:25, s. 127; Prop 1973:15; Bernkonventionen, art. 6 bis. 1. “Oberoende av sina ekonomiska rättigheter och även efter överlåtelse av dessa behåller upphovsmannen rätten att anges som upphovsman till verket samt rätten att motsätta sig varje förvanskning, stympning eller annan ändring i verket eller varje annat förfarande med avseende på detta, som är till men för hans ära eller anseende.”

¹⁸ SOU 1956:25, s. 122; A.M.L, Fra norsk rettspraksis; NIR, 1999 s. 245.

¹⁹ Prop. 1992/93:48, *EES-avtalet och immaterialrätten*, s. 118.

ella rätten. BUS, som sköter de ideella rättigheterna för bl.a. illustratörer, har en mycket försiktig inställning till fenomenet och anser att det får avgöras från fall till fall. Det är upp till medlemmarna att fatta beslut. Oftast är det namnrätten som behöver efterges, eftersom det inte går att få plats på produkterna. Vanligt är, att de rekommenderar sina medlemmar, att de ska ha rätten att i licensierigavtalet godkänna merchandisingprodukterna. ALIS stöter inte ofta på fenomenet och har en mycket negativ inställning till att efterge de ideella rättigheterna.²⁰

Har en upphovsrätt överlåtit får inte nya innehavaren ändra i verket enligt 28 § URL. Undantag är, om köparen har avtalat med upphovsmannen om det eller om upphovsrätten överlåtit i samband med en rörelse. Förbudet att ändra i verk är en viktig skyddsregel för upphovsmannen vid merchandising, eftersom det hindrar den nya rättighetsinnehavaren att ändra i verket, exempelvis att ändra färgen på en figurs kläder.²¹

Vid en överlåtelse eller ett nyttjanderättsavtal, som rör upphovsrätt, måste hänsyn tas till den ideella rätten. Immaterialrättigheter kan skyddas dubbelt och det gör, att t.ex. rättighet som skyddas av varumärkeslagen även kan uppfylla kraven för att skyddas av upphovsrättslagen och därmed omfattas av den ideella rätten.

2.2.3 Var går gränsen mot upphovsrättsintrång

Upphovsrätten skyddar inte verkets innersta grundidé, utan det personliga utförandet av idén. Två upphovsmän kan välja att använda samma grundidé t.ex. monster, när de skapar sina verk. Ett tydligt exempel på detta är NJA 1938 s. 497 det s.k. Pygmalionmålet. Två filmmanus byggde på samma tema om en fattig person som genom utbildning i vett och etikett gör en klassresa. Temat för de båda filmmanusen var hämtade från Bernhard Shaws verk ”Pygmalion”, men skiljde sig i övrigt så pass mycket ifrån varandra, att det andra filmmanuset inte kunde anses vara en bearbetning av det första. Likheterna berodde istället på, att de båda manusförfattarna hade inspirerats av Shaws’ grundidé.

Verkets yttre form är den yttre gestaltning, som verket förekommer i, oavsett om det är en bok eller film. Ett litterärt verk är skyddat även om det dramatiseras eller förvandlas till ett PC-spel. Verket byter bara yttre skepnad. Med den inre formen syftas på det innehåll, som upphovsmannen gett verket. Det kan vara lätt att förväxla begreppet inre form med begreppet grundidé. Om en författare skriver och illustrerar en roman om en nallebjörn är han inte ensam om det. Han delar den grundidén med många andra för-

²⁰ Telefonsamtal med Erika Wänelöf BUS (Bild-Ord-Not Upphovsrättslag samorgansiation) och Dag Wetterberg ALIS (Administration av litterära rättigheter i Sverige) den 1 april 2003. BUS och Alis är exempel på organisationer som bevakar upphovsmännens rättigheter.

²¹ Olsson Henry; *Upphovsrättslagstiftningen . En kommentar*, Upplaga 1.1, Stockholm, 1996, s. 78.

fattare. Den inre formen är innehållet i boken vad författaren vill få fram genom t.ex. hur björnen beskrivs. I ett senare skede blir boken filmatiserad och illustrationerna av björnen hamnar på kortlekar, t-shirt och som leksaker. Innehållet i boken och filmen samt alla kringprodukterna är då identiskt dvs. den inre formen, men den yttre formen har skiftat. Om både den inre och den yttre formen är densamma, som i originalverket, är det frågan om nytt exemplar av verket. Om ingen av formerna stämmer överens med originalverket är det fråga om ett nytt verk. Om någon av formerna stämmer överens, är det fråga om en bearbetning. En bearbetning är en mellanform av exemplarframställning och framställning av nya verk. Identiteten mellan de två verken finns, men den yttre och inre formen kan vara förändrad. Merchandisingprodukter är typiska exempel på bearbetningar. Den yttre formen kan variera, men den inre finns kvar.²²

Rätten till bearbetningar behandlas i 4§ 1 st URL. Bearbetaren har en ursprunglig rätt till sitt verk, men behöver den ursprungliga upphovsrättningshavarens samtycke för att kunna förfoga över det. Den ursprungliga rättsinnehavaren har i sin tur inte rätt till bearbetningen av verket. Båda har dock sina ideella rättigheter och kan var för sig påtala intrång i verket. En bearbetning är alltså inte ett nytt självständigt verk utan ett andrahandsverk.²³

Har en upphovsman i fri anslutning till ett tidigare verk skapat ett nytt verk, är hans upphovsrätt inte beroende av det första verket, enligt 4 § 2 st URL. Det är svårt att dra en gräns mellan verk, som kommit till i fri anslutning och beroende bearbetningar (plagiat). Det viktiga är att verkets inre form inte överensstämmer. Frågan ställdes på sin spets i ett mål i Stockholms tingsrätt. I målet påstods seriefiguren Bosse Bus göra intrång i seriefiguren Dennis rättigheter. Domstolen valde, att jämföra den inre formen hos Dennis och Bosse Bus. Det är inte bara den yttre formen som avgör utan även den inre. Om både den inre och den yttre formen skiljer sig, är det inte fråga om en intrångssituation. Tingsrätten kom fram till att Bosse Bus framstod som något äldre till utseendet och inte så oskyldig som Dennis. Den inre formen skiljde sig också åt. Bosse Bus ansågs därför vara en fri anslutning till Dennis.²⁴

Sveriges Radio (SR) använde i en reklamkampanj en bild som föreställde en uppblåsbar "Skrietdocka" i plast, som en reporter försökte intervjua. Dockan tillverkades på licens av det amerikanska företaget: "On the Wall Productions". De ursprungliga rättigheterna till tavlan Skriet ägdes av rättighetsinnehavaren efter Edvard Munch (REM). REM stämde SR och vann målet i Svea Hovrätt om upphovsrättsligt intrång i "Skrietdockan". Den inre formen ansågs föreligga mellan bilden och dockan. Det intressanta är att

²² Karlander Matilda, Ur svensk rättspraxis, NIR, 1999, s. 250f.

²³ SOU 1956:25, s. 133-137.

²⁴ Stockholms tingsrätts dom den 6 mars 1990, (Dennis och Bosse Bus) (Karlander Matilda, Ur svenskrättspraxis, NIR, 1999, s. 251.).

målet gällde intrång i en merchandisingprodukt och att SR faktiskt fälldes för intrång.²⁵

Var går gränsen mellan en bearbetning av ett verk och en parodi? En parodi måste en upphovsman alltid tåla, men en dålig bearbetning kan vara intrång. En upphovsrättsinnehavare kan inte motsätta sig, att en parodi görs eller att den uppförs. En parodi är ett verk, som kommit till i fri anslutning till det ursprungliga verket och faller under 4 § 2 st URL. Parodin har en annan inre form dvs. syfte än det ursprungliga, nämligen att roa.²⁶

För den som vill plagiera ett lyckat koncept, gäller det att lägga sig så nära det ursprungliga verket som möjligt, utan att det för den skull får samma inre eller yttre form som det ursprungliga verket. Det får inte finnas någon identitet mellan verken. Rättighetsmakarna bakom Bosse Bus lyckades verkligen med det. De drog nytta av intresset för genren buspojkar, när Dennisfilmen kom och inte minst Dennisfilmens marknadsföring. Att ha samma grundidé t.ex. buspojkar går bra och det finns mängder av filmatiserade busfrön t.ex. Emil i Lönneberga eller de äldre busfröna i filmerna, ”Anderssonskans Kalle”, ”Två år i varje klass” och ”Sigge Nilsson och jag”. Ingen av dem har dock samma inre och yttre form, utan är skilda verk inom samma genre.

2.2.4 Klassikerskyddet en möjlighet att skydda verk från intrång?

Upphovsrätten varar i 70 år efter det att siste upphovsmannen till verket har avlidit. Kvar, när skyddstiden löpt ut, finns enligt 51 § URL, en omvänd respekträtt för verket. Om ett litterärt eller konstnärligt verk framförs eller visas på ett för allmänheten stötande sätt, kan domstol på talan av myndighet som regeringen bestämmer vid vite meddela förbud mot återgivandet. Det är allmänheten som skyddas och inte verket. Kommersiella bearbetningar kan i teorin anses vara stötande, om de kan anses vara kränkande för den andliga odlingens intressen. Paragrafen har av bl.a. Levin ansetts ha blivit föråldrad.²⁷

I Norge valde rättighetsinnehavarna till Edvard Munchs ”Skriet” i stället för att stämma för intrång, att vända sig till det norska kulturdepartementet och försöka använda sig av klassikerregeln. En fabrikant av köttprodukter hade tagit fram vykort med ett motiv som påminde om ”Skriet”. På baksidan av korten framkom, att motivet var fritt efter Edvard Munch. Kulturdepartementet ansåg, att rättighetsinnehavarnas egna bruk av ”Skriet” troligen minskat allmänhetens bild av verket som nationalskatt och att det s.k. klassi-

²⁵ Svea Hovrätts dom 97-11-28, mål nr T-1534/96 (Karlander Matilda, Ur svensk rättspraxis, NIR 1999, s. 248-252).

²⁶ SOU 1956:25, s. 137.

²⁷ Koktvedgaard/Levin, s. 138.

kerskyddet därför inte hade kränkts. Kulturdepartementet skrev i sitt yttrande:

”Når det gjelder verket ”Skrik”, mener departementet at allmennhetens oppfatning av verket som en nasjonal kulturskatt, også i noen grad kan ha blitt påvirket og kanskje også redusert gjennom de siste års tillatte utnyttelse av eneretten fra rettighetshavernes side. Med samtykke av rettighetshaverne til verket ”Skrik”, er det i dag mulig å få kjøpt oppblåsbare dukker av personen som er hovedmotivet i bildet. Det selges kaffekopper med ”Skrik”-motiv, nøkkelringer og ”musematter”, lovlig fordi det er gitt samtykke.”²⁸

Kulturdepartementet noterade, att de kunde vända sig till en domstol för att få det eventuella intrånget prövat, eftersom upphovsrätten ännu inte hade gått ut efter Edvard Munchs död.^{29 30}

Hur rättigheten utövas påverkar allmänhetens syn på verket och i sin tur toleransen för hur verket används och återges. Skriet var utsatt för merchandising och därför ansåg kulturdepartementet, att dess värde som nationell kulturskatt troligen hade förminskats. Det är lite anglosachsiskt ”equity” över hur kulturdepartementet resonerar. Bolaget som klagat hos kulturdepartementet hade själva använt sig av bilden ”Skriet” för merchandising och hade inte vad engelskmännen kallar rena händer. Bolaget hade med andra ord betett sig på samma sätt som köttfabrikanten. Huvudsyftet med klassikerskyddet är att skydda allmänheten från att se gamla verk förstöras och inte att skydda innehavarnas ekonomiska rättigheter. Klassikerskyddet anses inaktuellt, men skulle i teorin kunna komma att användas mot den som väljer att använda sig av nationella kulturskatter för merchandising.

2.2.5 EU direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället

Upphovsrättslagen kommer inte att totalrevideras utan att anpassas till direktivet. De stora förändringarna rör artiklarna 5, 6, och 7 i direktivet dvs. frågor som undantag och inskränkningar, tekniska åtgärder samt förpliktelser beträffande information om rättighetsförvaltning. Upphovsmannens rättigheter förstärks i det digitala samhället. Inskränkningarna i hur upphovsrätter får användas har ökat i direktivet. Undantagen för fri användning minskar även inte minst genom att det blir brottsligt att kringgå de tekniska åtgärder, som upphovsmannen har tagit fram för att hindra kopiering av sina verk. De svenska begreppen för ensamrättigheterna kommer att ändras till mångfaldigande och överföring till allmänheten, men omfånget på rättighe-

²⁸ A.M.L, Fra norsk rettspraksis, NIR, 1999 s. 245.

²⁹ Norsk och svensk upphovsrätt skiljer sig inte mycket åt, eftersom det finns en nordisk tradition av lagstiftningsarbete inom immaterialrätten. Se Koktvedgaard/Levin s.50.

³⁰ A.M.L, Fra norsk rettspraksis, NIR, 1999 s. 245 .

terna kommer i princip att bli desamma. Direktivet klargör, att det är konsumtionsprincipen som ska gälla för upphovsrätter inom EES.^{31 32}

2.3 Vilket skydd ger känneteckensrätten?

Med känneteckensrätt avses varumärkesrätten, firmarätten och namnrätten. Generellt sett ska ett bra varumärke ge produkten ett ansikte utåt och ge varan den distinkthet, som gör att den skiljer sig från mängden. Det bör också vara lätt att komma ihåg. Varumärket ska framhäva det speciella med produkten, men det får inte ske på ett beskrivande sätt eller på ett sådant sätt att det går att förväxla produkten med ett annat varumärke. Allt som är särskiljande kan fungera som varumärke. Enligt 1 § 2 st VML kan varumärken bestå av: "...alla tecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, samt figurer, bokstäver, siffror och formen eller utstyrseln på en vara eller dess förpackning." Det mesta kan förvandlas till ett varumärke, men vad det står för och representerar beror på hur konsumenterna uppfattar varumärket.

Det går att uppnå varumärkesstatus på två sätt, dels genom registrering enligt 1 § 1 st VML hos Patent och Registreringsverket för nationellt skydd i Sverige och dels genom att vara välkänt. Inarbetning fås, genom att varumärket är välkänt som beteckning för de varor som säljs inom den krets, där varumärket förekommer, enligt 2 § 3 st VML. Omsättningskretsen är den grupp konsumenter, som varumärket vänder sig till och dem som befattar sig med varan i distributionsledet. Omsättningskretsen får bestämmas från fall till fall. Alla behöver inte känna till varumärket utan det räcker, att en betydande del gör det. Varumärket måste vara en känd beteckning för just de varorna dvs. ha särskiljningsförmåga. Här kan en risk finnas vid merchandising av inarbetade varumärken om varumärket inte är inarbetat för de nya produkterna.

Varumärket behöver inte heller vara känt inom hela Sverige eller ha använts inom Sverige. Det räcker med att det ha blivit känt genom reklamkampanjer i Sverige eller utomlands. I det s.k. Budget-fallet Svea Hovrätt 80-12-19 (firmarätt) lyckades inte det internationella biluthyrningsföretaget Budget visa på, att det blivit känt i Sverige genom internationella reklamkampanjer. Den svenske innehavaren av registreringen Budget biluthyrnings AB ansågs inte heller ha haft kännedom om den utländska registreringen, när den sökte registrering av sitt aktiebolag. Talan ogillades för det internationella bolaget, eftersom bolaget inte lyckades visa på att deras varumärke var känt

³¹ Konsumtionsprincipen, som slogs fast i C-355/9 "Siloettemålet", innebär att en immaterialrättsligt skyddad vara, som släpps på marknaden i ett EU-land, normalt får fritt importeras till ett annat EU-land utan hinder av ensamrättigheten.

³² Telefonsamtal med Malin Bonthron på justitiedepartementet, den 5 mars 2003, EU direktiv 2001/29/EG.

i Sverige. Möjligheten finns för varumärken, som är välkända i andra länder att få skydd i Sverige, om de även kan anses vara kända i Sverige.³³

Skyddstiden för ett registrerat varumärke varar från anmälningsdagen och kan sedan förlängas i tioårsperioder, enligt 22 § VML. Varumärket varar i princip så länge innehavaren använder sig av det och betalar sina förnyelseavgifter till Patent och Registreringsverket. Varumärken kan registreras i många klasser, vilket är en grundförutsättning för merchandising.

Nackdelen är, att det råder användningstvång enligt 25 a § VML. Har varumärket inte varit i bruk under de fem senaste åren, är det en hävningsgrund för registrering. Med i bruk menas, att det ska ha använts i marknadsföringen. En licenstagares bruk i landet är en grund för att varumärket har använts liksom att allt som tillverkats har gått på export. Det gäller att se upp för partiella hävningar. Det är viktigt att använda märket som det är registrerat, annars kan tillgodoräkandet inte ske och varumärkesregistreringen förloras!³⁴

2.3.1 Förväxlingsbedömning vid intrång

Huvudregeln i 6 § 1 st. VML stadgar, att varumärken är förväxlingsbara när de liknar varandra eller är identiskt lika och det samtidigt rör varor av samma eller liknande slag. Är varorna förväxlingsbara, är det fråga om varumärkesintrång i den ursprungliga ägarens rättigheter. Det mesta går att skydda bara det blivande varumärket är särskiljande från andra produkter och inte är förväxlingsbart med dem. Ord, symboler, ljud och dofter eller en viss design, allt går bra att registrera, bara det går bra att skildra det grafiskt på ett papper. Ljud och dofter godkänns även om noterna och den kemiska formeln inte ger en rättvis bild av hur märket upplevs i verkligheten.

Kärnpunkten i varumärkesrätten är, att ingen annan än ägaren av rättigheten eller den med tillstånd, har rätt att använda sig av rättigheten eller ett med varumärket förväxlingsbart kännetecken. Vid en bedömning om två varumärken är förväxlingsbara, måste en helhetsbedömning ske, som omfattar alla delar, som rör varumärkena. Exempel på punkter som kan tas med i bedömningen är:

- särskiljningsförmåga,
- samma målgrupp bland konsumenterna,
- likhet i tal och skrift

I förväxlingsundersökningen ingår även associationsskapande dvs. om det finns något band mellan de olika varumärkena. De viktigaste måttstockarna är likhet och samma varuslag. Är varorna mycket lika är kravet på varumärkeslikheten mindre. Har ett varumärke hög särskiljningsförmåga är det lättare att visa på förväxlingsrisk än om särskiljningsförmågan är låg. Det är

³³ SOU 1958:10, *Förslag till varumärkeslag*, s. 221; Svea Hovrätt 80-12-19, (BUDGET); Värt att notera i art. 16 TRIPs avtalet ger internationellt skydd till välkända varor och tjänster.

³⁴ SOU 1958:10, s. 293.

lättare att snylta på varor som har en låg särskiljningsförmåga för dem som vill plagiera ett varumärke i merchandisingssammanhang.³⁵

Som tidigare sett i Bosse Bus-fallet, ansågs Bosse Bus vara ett verk i fri anslutning till seriefiguren Dennis. Domstolen kom fram till det, efter att ha jämfört de båda figurernas inre och yttre form. Om frågan istället hade gällt varumärkesintrång, skulle frågan gällt om det funnits särskiljningsförmåga, om varumärket riktade sig till samma målgrupp konsumenter och om det fanns någon likhet i tal och skrift. Figurernas namn skiljde sig åt och det fanns ingen likhet när det gällde talet. Rent utseendemässigt var de olika. Målgruppen borde varit densamma för seriefigurerna. Även om de skapade samma association till busfrön, fanns det troligen särskiljningsförmåga mellan de båda figurerna. Intressantare är fallet med den upplåsbare ”Skriet-dockan” som användes i Sveriges Radios reklamkampanj. Förväxlingsrisken fanns eftersom radion använde sig av en sådan docka i reklamen. Alla krav för varumärkesintrång hade varit uppfyllda om målet hade varit ett varumärkesrättsligt mål i stället för ett upphovsrättsligt. Här ger varumärkesrätten ett starkare skydd vid lika varumärken än vad upphovsrätten ger mot snyltare. Diskussionen kring bearbetningar och verk, som kommit till i fri anslutning till tidigare verk blir då inte aktuell.

6 § 2 st. VML, som är en undantagsregel, ger ett extra starkt skydd för välkända varumärken. Förväxlingsbarhet kan även åberopas till förmån för ett kännetecken som är väl ansett i Sverige, om användningen av ett annat liknande kännetecken skulle dra otillbörlig fördel av eller skulle vara till förfång för det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende. Tanken är, att den ska hindra personer att använda varumärket för andra produkter än vad den ursprungliga registreringen gäller för. Sådant användande riskerar att skada innehavaren eller dra otillåten fördel av hans goda renommé. 6 § 2 st. VML ger också skydd för vissa varumärken, som inte tål att det finns registreringar med samma namn. Varumärken för barnmat tål troligen inte att ha samma namn som bekämpningsmedel.³⁶

2.3.2 Inskränkningar i varumärkesrätten

Den viktigaste inskränkningen vid merchandising är att varumärkesrättigheten enbart gäller i näringsverksamhet. Det går att läsa ut i 1 § VML. Om varumärket används privat, kan inte varumärkets ägare göra något åt det. Används varumärket inte i sin känneteckensfunktion utan i en utställning om varumärkets påverkan i samhället, kan innehavaren inte heller göra något eftersom varumärket inte används som kännetecken. Det gör att ideella organisationer och privatpersoner kan använda sig av varumärket så länge det sker ideellt och inte i näringsyfte. Få har nog missat Non Smoking Generations annonskampanjer.³⁷

³⁵ SOU 1958:10, s. 252; Koktvedgaard/Levin, s. 345ff.

³⁶ Koktvedgaard/Levin s. 385f.

³⁷ SOU 1958:10, s. 214ff.

Varumärken som beskriver varumärkets art, beskaffenhet, användning, mängd, pris eller geografiska ursprung anses inte ha särskiljningsförmåga, enligt 13 § VML. Om varumärkesnamnet, firman eller adressen saknar hög särskiljningsförmåga, går det inte att hindra andra från att använda det. Undantaget är om de är inarbetade, eftersom de då har fått särskiljningsförmåga. Det går inte heller att registrera någon annans namn, varumärke, firma eller namn på juridiska personer som eget varumärke enligt 3 § 3st och 14 § 6p VML. Namn anses vara ett naturligt kännetecken. Personers namn får inte utan samtycke registreras såsom varumärke eller mönster, jmf. 20 § Namnlag (1982:670), 14 § 1 st 4p VML och 4 § Fimalag (1974:156). Egenartade efternamn är också enligt samma paragrafer skyddade mot att andra använder förväxlingsbara namn som firma eller varumärke. Personer, som sedan länge har varit avlidna, får dock användas som varumärke, enligt 14 § 1 st. 4p in fine VML. Bellmanlotteriet kan eventuellt ses som ett exempel på detta. Märken, namn och figurer kan inte registreras om det är förväxlingsbart alternativt vilseledande mot andras redan tidigare registrerade eller inarbetade namn, figurer etc. Det gäller även andra skyddade immateriella rättigheter t.ex. namn på boktitlar och filmer, enligt 14 § 5 p VML.³⁸

2.3.3 Begränsad rätt för att marknadsföra registrerade tobaksvaror ihop med andra varor och tjänster

Det är tillåtet att registrera ett tobaksvarumärke ihop med andra varumärkesklasser. Det gör det möjligt att vidga tobaksvarumärket till andra produkter. Däremot är det inte lagligt att marknadsföra en tobaksvara tillsammans med annan tjänst eller vara i kommersiella annonser i periodiska skrifter samt i radio och TV, enligt 14 a § Tobakslagen, vilket försvårar merchandisingkampanjer för tobak. I all annan reklam gäller det att visa måttfullhet t.ex. att inte annonsera på sjukhus och platser där barn och ungdomar vistats. Det finns tre undantag: varukännetecknet förekommer endast i begränsad omfattning vid marknadsföring av tobaksvaror, att varukännetecknet tydligt avviker från tobaksvarans kännetecken samt om det i annat fall är oskäligt.³⁹

Lagen förbjuder inte de varor som har samma namn som tobaksvaror, men den försvårar marknadsföringen för dem. Den sätter inte stopp för merchandising. Det är värt att notera att EG-domstolen den 5 oktober 2000 ogiltigförklarade direktiv 98/43/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagar och andra författningar om reklam för och sponsring till förmån för tobaksvaror. Inga nya tobaksvaror skulle få släppas ut på marknaden efter den 30 juli 2001 enligt direktivet, om de använde samma registrerade namn eller kännetecken som för andra registrerade icke tobaksrelaterade varumärkesregistrerade varor eller tjänster. Inga nya varor eller tjänster skulle få säljas

³⁸ Bernitz Ulf, Karnell Gunnar, Pehrson Lars, Sandgren Claes; *Immaterialrätt*, sjätte omarbetade upplagan, Stockholm 1998, s. 95; Kocktvedgaard/Levin, s. 362.

³⁹ SFS 1993:581 Tobakslagen

under samma namn eller kännetecken som används för tobaksvaror. Direktivet innebar i praktiken, att reklam för tobak även mer indirekt reklam såsom merchandising, hade förbjudits förutom på säljställen för tobak och på själva tobakspaketen. EG-domstolen godkände dock, att de enskilda länderna till en viss del skulle kunna förbjuda vissa former av reklam och sponsring och det är på den grunden de svenska lagen vilar.⁴⁰

2.3.4 SOU 2001:26 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen

I SOU 2001:26 föreslås främst två stora förändringar. Den ena är att Sverige ska ansluta sig till Madridprotokollet för att förenkla sökandet av skydd internationellt. Den andra är att förenkla ansökningsförfarandet, vilket är ett omdiskuterat förslag. Enligt förslaget ska Patent och Registreringsverkets officialprövning av relativa hinder tas bort. Relativa hinder är om det blivande varumärket begår intrång i andras skyddade rättigheter. Kvar blir bara prövningen av absoluta hinder. Varumärken får inte registreras, om de strider mot lag, författning, allmän ordning eller goda seder. Andra absoluta hinder är om de vilseleder allmänheten i fråga om beskaffenhet och kvalitet, eller om varumärket innehåller ett statligt eller kommunalt vapen. Vin och spritprodukter får inte registrera namn som hänvisar till en geografisk ursprungsbeteckning.⁴¹

Det blir enklare och snabbare att registrera varumärken, men också lättare att mista registreringen eftersom de relativa hindren inte prövas. Risken är att det nya varumärket begår intrång i någon annans skyddade rättighet. Osäkerheten om ett nyregistrerat varumärke kommer att stå sig kommer att öka, om förslaget går igenom. Det är en otrygghet för den, som planerar att starta ett större licensieringsprogram kring ett nyregistrerat varumärke. Risken är stor, att stora summor kan gå förlorade för reklamkostnader, produktframtagning och skadestånd till ingen nytta för licenstagaren. Privat utförda undersökningar före kontraktsskrivandet kan till viss del lösa situationen.

Invändningsförfarandet kommer att bli viktigare och för innehavare av ett varumärke blir det ännu viktigare att bevaka nyregistrerade varumärken. En följd blir, att tvisterna vid domstol kommer att öka vilket inte alltid är positivt.⁴²

⁴⁰ Prop. 2001/02:64, *Vissa tobaksfrågor*, s. 26f.

⁴¹ SOU 2001:26 *Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen*, s. 20, 437.

⁴² SOU 2001:26, s. 438.

2.4 Vilket skydd ger marknadsföringsrätten?

2.4.1 Inledning

Vem eller vilka vill du samarbeta med vid merchandising av dina välkända produkter? Har du en välkänd produkt, kan andra näringsidkare, utan ditt samtycke vilja dra nytta av det värde/renommé, som produkten har. Marknadsdomstolen har de senaste åren avgjort flera renommésnyltningsfall, som berör merchandising.

2.4.2 Marknadsföringslagen (1995:450)

Marknadsföringslagen är en speciell lag, eftersom den spänner över flera typer av rättsområden. Den är offentlighetslag i den meningen, att det är myndigheterna som ytterst sätter gränserna för vad företagen får lov att göra och civilrättslig genom att det finns möjlighet att få skadestånd. Sanktionsavgifterna kan verka tillhöra straffrätten, men har medvetet hållits utanför denna.⁴³

Marknadsföringslagen omfattar endast kommersiell marknadsföring. Icke kommersiell propaganda och samhällsinformation omfattas i stället av Tryckfrihetsförordningens och Yttrandefrihetsgrundlagens regler. Framställningen nedan kommer att koncentreras på de delar av marknadsföringslagen, som är intressanta ur ett merchandisingperspektiv. Detta gäller främst renommésnyltning, eftersom det finns ett par rättsfall som berör merchandising.⁴⁴

2.4.3 Renommésnyltning som självständig grund

Renommésnyltning är när en näringsidkare obehörigen anknyter till en annan näringsidkares produkter, kännetecken eller liknande. Renommésnyltning kan bedömas som en självständig grund för brott mot marknadsföringslagen, enligt 4 § MFL. Grundregeln i 4 § MFL stadgar, att marknadsföringen ska stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. God marknadsföringssed definieras i 3 § MFL som god affärssed eller andra vedertagna normer, som syftar till att skydda näringsidkare och konsumenter vid marknadsföring av produkter. Den näringsidkare, vars marknadsföring strider mot god marknadsföringssed i 4 § MFL, kan enligt 14 § MFL förbjudas fortsätta sin marknadsföring. Detta gäller också om marknadsföringen på annat sätt är otillbörlig mot konsumenter och andra näringsidkare.⁴⁵

⁴³ Nordell Per Jonas; *Marknadsrätten - En introduktion*, Upplaga 1:1, Stockholm 2002, s.11.

⁴⁴ Svensson Carl Anders; *Den svenska marknadsföringslagstiftningen*, elfte upplagan, Sverige 2001, s. 29.

⁴⁵ Nordell, 2002, s. 47.

2.4.4 Rättsfallanalys angående renommésnyltning som självständig grund

2.4.4.1 MD 1999:21 (Robinson)

Chipsföretaget OLW och Sveriges Television (SVT) diskuterade, inför den andra sändningssäsongen av SVT:s serie "Expedition Robinson", om OLW skulle få använda "Expedition Robinsons" goda rykte och anseende vid marknadsföringen av chips. Diskussionerna ledde ingen vart. OLW startade själv en kampanj med söderhavsmotiv på påsarna och texten "Robinson" utan SVT:s samtycke. På Internet hade OLW även en tävling, där kunderna kunde vinna en resa till Robinsons ö. Marknadsföringen skedde under samma perioder som "Expedition Robinson" sändes.

Marknadsdomstolen kom i domen fram till att ett TV-program kunde vara bärare av renommé. Renommé i domen var ett något vidare begrepp än vad som förekommit i tidigare praxis. Ett program kan, om det uppmärksammas på kort tid bli, mycket välkänt för en stor mängd konsumenter och därmed få ett betydande kommersiellt värde vid marknadsföring av andra produkter anknutna till programmet. Marknadsdomstolen kom fram till att uppmärksamhetsvärde är ett något vidare begrepp än renommé. Det extra uppmärksamhetsvärde, som SVT skapade med programmet, fick inte OLW snylta på genom att ge ut chipspåsar med söderhavsmotiv och texten Robinson. Förbudet var begränsat till de tidsperioder som SVT:s program "Expedition Robinson" sändes. Uppmärksamhetsvärdet av TV-program är begränsat, eftersom TV-program bara är aktuella i konsumenternas medvetande runt den relativt korta period, som de faktiskt sänds. SVT utnyttjade inte själva uppmärksamhetsvärdet, som de skapat med "Expedition Robinson" för merchandising av kringprodukter. Intresset för merchandising av produkter kopplade till programmet fanns bevisligen, inte minst visar OLW:s agerande det. Skadan SVT led av OLW:s agerande var av en mer indirekt art, eftersom det som OLW tjänande kunde komma SVT tillgodo. OLW befanns av Marknadsdomstolen skyldigt till snyltning enligt 4 § MFL.⁴⁶

2.4.4.2 MD 2001:15 (Estline)

Estline utnyttjade det uppmärksamhetsvärde, som Svenska Spel hade skapat hos konsumenterna i sina reklamfilmer, för eget syfte genom att använda samma skådespelare och delvis samma klädsel, som förekommer i Svenska Spels reklamfilmer. Reklamfilmen var utformad för att anknyta och associera till de fiktiva figurerna "Lotto-Åke" och "Oddset-PG", som Svenska Spel hade skapat. Inte minst reklambudskapet i filmerna: "Hos oss är alla vinnare" och att skådespelarna viftade med restaurangnotor (tipskuponger) gjorde anspelningen mycket tydlig.

Svenska Spel ansåg, att Estline gjort sig skyldigt till renommésnyltning och vilseledande om kommersiellt ursprung. Estline hävdade, att det inte var

⁴⁶ MD 1999:21 (Robinson)

meningen att skådespelarna skulle gestalta samma karaktärer som i Svenska Spels reklamfilmer. Fascinerande argument med tanke på att de åberopade i andra hand, att de hade gjort en överenskommelse med Svenska Spels informationschef om att få lov att använda karaktärerna. Estline befanns skyldigt till renommésnyltning av Marknadsdomstolen, eftersom det var uppenbart att reklamfilmen anspelar på Svenska Spels karaktärer. Domstolen tillämpade 4 § MFL. Estlines agerande skadade det uppmärksamhetsvärde som Svenska Spel skapat för de båda karaktärerna. Domen innebär, att Svenska Spels fiktiva karaktärer fick skydd.⁴⁷

2.4.4.3 MD 2002:17 (Gladiatorerna)

TV4 väckte talan mot bolaget TCM Scandinavia för brott mot marknadsföringslagen. TCM ägande sig åt att marknadsföra artister i nöjesbranschen. Hösten 2000 planerade TV4 att genomföra en evenemangsturné där medverkande från TV4:s program "Gladiatorerna" skulle resa runt och presentera programmet. Evenemangsturnén var ett led i TV4:s strategi för TV-programmet. Målet med strategin var att stärka programmets image som ett familjeprogram genom att ta fram merchandisingprodukter kopplade till programmet och att anordna olika familjeinriktade kringaktiviteter. När TV4 ringde runt till olika köpcentra visade det sig, att flera redan hade tackat ja till ett liknande erbjudande från TCM. TCM hade utan lov arrangerat turnén med två personer, som tidigare medverkat i programmet, iförda dräkter från TV4.

TCM hade använt både TV4:s logotyp och ordet "Gladiatorerna" på sin hemsida, på reklamblad och på affischer, vilket gjorde att konsumenterna fått intrycket, att TCM:s verksamhet hade förbindelse med TV4 och programmet Gladiatorerna. Marknadsdomstolen kom fram till att marknadsföringen både utgjorde renommésnyltning och var vilseledande angående kommersiellt ursprung. Även här tillämpades 4 § MFL men även 6 § MFL⁴⁸

2.4.4.4 Kriterier för renommésnyltning enligt MD 1999:21 (Robinson)

I Robinsonmålet använde sig Marknadsdomstolen för första gången av ett flertal kriterier, som återkommer i de andra refererade målen, för att klargöra om det var fråga om renommésnyltning. Robinsonmålet är grunden för senare praxis. Tidigare praxis hade varit restriktiv. Den regel som uppställdes i domen kan beskrivas på följande sätt.

- 1. Om en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter, symboler eller liknande, kan det vara otillbörligt enligt 4§ MFL.⁴⁹*

⁴⁷ MD 2001:15 (Estline)

⁴⁸ MD 2002:17 (Gladiatorerna)

⁴⁹ MD 1999: 21 (Robinson)

1a) *Obehörigen*

I både Robinson-fallet och Estline-fallet fördes någon form av diskussion mellan parterna utan att de kom fram till något. Fördelen med de samtalen är, att det är svårt för den svarande att förneka, att den kändes produkt skulle sakna skydd. Estline invände, att de hade inhämtat samtycke i första hand. OLW å sin sida hävdade, att samtycke inte behövdes, eftersom de hade ändrat sin kampanj så att den anknöt till boken Robison Crusoe, som saknar upphovsrättsligt skydd. I Gladiatorerna-fallet hade TCM inte försökt få samtycke från TV4.

1b) *Anknytning*

OLW hävdade, att kampanjen var ändrad på ett sådant sätt, att det inte fanns någon *anknytning* mellan produkterna. Begreppet Robinson Crusoe är inte skyddat och vem som helst får använda sig av det. Enligt Marknadsdomstolen hade SVT laddat begreppet Robinson med en ny aktualitet och nytt innehåll. Allmänheten knöt begreppet Robinson mer till TV-programmet än till Daniel Defoes roman. OLW:s kampanj befanns av Marknadsdomstolen tidsmässigt och utformningsmässigt ha mer anknytning till TV-programmet än till romanen. I Estlinemålet hävdade Estline att deras avsikt var att skådespelarna inte skulle spela karaktärerna i Svenska Spels reklamfilmer, utan andra karaktärer. Marknadsdomstolen ansåg dock att Svenska Spels karaktärer "Lotto-Åke" och "Oddset PG" var närmast identiska med dem, som förekom i Estlines filmer. Syftet med Estlines reklamfilm var att anknyta Estlines reklamfilmer till Svenska Spel genom att tittarna skulle associera skådespelarna med "Lotto-Åke" och "Oddset PG". I Gladiatorerna-fallet var anknytningen uppenbar, eftersom TCM hade lejt f.d. "gladiatorer", som tidigare deltagit i TV-programmet för sina arrangemang.

1c) *Verksamhet, kännetecken, produkt eller liknande*

Marknadsdomstolen har visat en ganska pragmatisk syn på vad som kan vara bärare av renommé. Att vanliga kännetecken, produkter och verksamheter kan vara bärare av renommé är klart - men ett TV-program? I Robinson-fallet kom Marknadsdomstolen fram till, att ett TV-program under en kort tid kan väcka stor uppmärksamhet och bli välkänt för en stor människogrupp. Om TV-programmet bli mycket uppmärksammat, kan det få ett kommersiellt värde vid marknadsföring av andra produkter. Det är enligt Marknadsdomstolen fråga om renommé i en något vidare syftning. Marknadsdomstolen ansåg i Estline-fallet, att Svenska Spel genom omfattande marknadsföringsåtgärder skapat två nya och speciella filmkaraktärer, som fungerade som känneteckenliknande karaktärer för Svenska Spel. Reklamfilmskaraktärerna bar på ett sådant betydande kommersiellt värde att det kan vara lönsamt att anknyta till karaktären vid marknadsföring av andra produkter. I Gladiatorerna-fallet kom Marknadsdomstolen fram till att "Gladiatorerna" var ett så pass känt program, att det var bärare av renommé. TCM hade därför kommersiellt utnyttjat det uppmärksamhetsvärde, som TV4 och Gladiatorerna skapat hos konsumenterna.

2. *Det som nyttjas är välkänt på marknaden, så att det förknippas med den andre näringsidkaren.*

Det är en grundförutsättning, att det som snyltas på är välkänt på marknaden och förknippas med den andre näringsidkaren för att det ska vara renommésnyltning. Det syns i alla tre domarna. I Robinson-fallet gällde det användningen av den sedan tidigare välkända Robinson Crusoe. Marknadsdomstolen fann att Robinson genom SVT-program hade fått ett ny aktualitet och nytt innehåll. Den aktuella situationen i målet verkade anknyta mer till TV-programmet än till romanen. I Estline-målet ansåg marknadsdomstolen, att Svenska Spel hade genom sina marknadsföringsinsatser skapat så pass mycket goodwill och renommé för sina båda reklamfilmkaraktärer, att de förknippas med Svenska Spel. I Gladiatorerna-målet konstaterades att TV4 är en av de stora TV-kanalerna i Sverige och att den därigenom måste anses vara välkänd ibland konsumenterna. Gladiatorerna ansågs också av domstolen vara ett välkänt TV4-program.

3. *Det otillbörliga består i att den snyltande till sin fördel utnyttjar det värde som ligger i positiv föreställning hos konsumenten, vilket skapats genom insatser av den andre näringsidkaren.*

I Robinsonmålet ansågs OLW utnyttja det uppmärksamhetsvärde, som SVT skapat hos konsumenterna. Liknande konstateranden förekommer i både Estlinemålet och TV4-målet. Svenska Spel ansågs ha skapat uppmärksamhetsvärde hos konsumenterna för sina reklamfilmskaraktärer. Genom att anknyta till och associera till Svenska Spels reklamfilmskaraktärer utnyttjade Estline det uppmärksamhetsvärde, som Svenska Spel skapat hos konsumenterna. TCM:s användning av beteckningarna ”TV4” och ”Gladiatorerna” innebär, att de utnyttjade det uppmärksamhetsvärde som TV4 skapat.

4. *Ett sådant utnyttjande är typiskt sett också ägnat att i en eller annan form skada den utsatte näringsidkaren och försämra konsumenternas överblick.*

Skadebegreppet behandlas inte tydlig i domarna och det behöver preciseras mer i framtida rättsutveckling. (Beträffande frågan om skadestånd se stycket nedan ”2.4.5.4. Renommésnyltning vid jämförande reklam.”) Marknadsdomstolen konstaterar bara, att de snyltande företagen utnyttjar det uppmärksamhetsvärde, som de andra företagen skapat hos konsumenterna. Generellt sett så drabbades SVT främst av en indirekt skada. De kunde själva ha utnyttjat Robinson för merchandising, men valde att inte göra det. SVT gick genom OLW:s agerande miste om en möjlig intäkt. Marknadsdomstolen resonerade inte heller kring skadan i TV4 målet. Skadan TV4 led var mer direkt än SVT:s, eftersom TV4 mer eller mindre fick ställa in sin Gladiatorturné. Domstolen konstaterade dock bara, att TCM utnyttjat det uppmärksamhetsvärde som TV4 skapat hos konsumenterna. Samma slutsats kom domstolen fram till i Estlinemålet angående Estlines agerande. En mer odefinierbar skada för en näringsidkare är att förknippas med icke önskvärda snyltande företag. För företag kan det vara viktigt att välja, vilka som man vill förknippas med.

2.4.5 Regelkatalogen

2.4.5.1 Introduktion

Förutom generalklausulen i 4 § MFL finns en regelkatalog i 5-13 §§ MFL med förbud mot vissa förfaranden. De näringsidkare, som uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot någon av reglerna i regelkatalogen kan träffas av marknadsstörningsavgift (22 § MFL) och skadestånd.⁵⁰

2.4.5.2 Vilseledande marknadsföring - kommersiellt ursprung

I 6 § MFL finns ett förbud mot vilseledande marknadsföring. En näringsidkare får inte vid marknadsföring använda påståenden eller andra uttryckssätt, som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen verksamhet eller någon annans näringsverksamhet. Näringsidkaren får inte enligt 6§ 2st 4 p. MFL vilseleda konsumenterna om varans kommersiella ursprung, genom att göra en kommersiell koppling till en konkurrents kännetecken och andra rättigheter.⁵¹

I MD 2002:17 (Gladiatorerna) hade bolaget TCM, som marknadsför artister, olovligt använt orden ”Gladiatorerna” och ”TV4” på ett sådant sätt i sin marknadsföring, att det såg ut som om TCM:s verksamhet hade anknytning till TV4. Marknadsdomstolen fann, att TCM:s marknadsföring var vilseledande. TV4 lyckades få TCM fällt för vilseledande i ”Gladiatorfallet”. En orsak var troligen att de kunde visa på att faktiska förväxlingar hade skett. Marknadsdomstolen ansåg att det i Robinson- och Estlinemålet inte skett något vilseledande om kommersiellt ursprung. Företagens verksamheter var bl.a. för olika och det framkom tydligt vem som var avsändare av reklamen.

2.4.5.3 Slaviska efterbildningar

Marknadsföringslagen innehåller i 8 § ett förbud mot slaviska efterbildningar. Det kan vara ett sätt att skydda sina produkter för den, som inte har sina rättigheter skyddade genom immaterialrätten och kanske främst gäller det de oregistrerade rättigheterna. Tre centrala kriterier ska vara uppfyllda för att vilseledande efterbildning ska anses föreligga:

originalet ska ha särprägel

originalet ska vara känt på marknaden så att det förknippas med en viss näringsidkare och

fara för förväxling ska finnas.

Förutsättningen är, att det går att visa, att konsumenter vilseleds och kan tänka sig att förväxla de båda produkternas tillverkare. Det är lättare att påvisa intrång än att behöva argumentera för att en förväxlingsrisk finns.⁵²

⁵⁰ Nordell, 2002, s. 51.

⁵¹ Nordell, 2002, s. 61f.

⁵² Bernitz, m.fl., 1998, s. 235.

2.4.5.4 Renommésnyltning vid jämförande reklam

Renommésnyltning har tidigare endast varit möjligt att komma åt genom generalklausulen i 4 § MFL. Numera går det också att bli fälld för renommésnyltning vid jämförande reklam genom 8a § MFL. Kravet är, att det skett uppsåtligt eller av oaktsamhet. Renommésnyltning enligt 8a § MFL kan vara skadeståndgrundande till skillnad från 4 § MFL. Överträdelser av 4 § MFL kan däremot träffas av förbud och vite. Inget av de tre presenterade målen, som berör renommésnyltning, har bedömts enligt 8a § MFL eftersom den är relativt nyinförd.⁵³

Den viktigaste skillnaden är, att det går att döma ut skadestånd, om fallet kan bedömas enligt 8a § MFL i stället för 4 § MFL. Det har stora följder för instansordningen. I de fall målen omfattar marknadstörningsavgift och/eller skadestånd är Stockholm Tingsrätt första instans och Marknadsdomstolen andra instans. I övriga mål måste parterna få ett avskrivningsbeslut från konsumentombudsmannen, innan de kan vända sig direkt till Marknadsdomstolen. Frågan är om det är rimligt. Kommande mål kommer troligen att avgöras enligt 8a § MFL om det går, eftersom det då finns chans att få skadestånd. Tidigare gällde det att få snyltaren även dömd för kommersiellt vilseledande enligt 6 § MFL för att få ut skadestånd.⁵⁴

Det är viktigt att notera, att Marknadsdomstolen är en specialdomstol för marknadsrätt och att det därför inte går att kumulera yrkanden om intrång i en immaterialrätt med yrkanden om förbjuden marknadsföring. Domstolen tar inte upp immaterialrättsliga mål. Gråzonen mellan de båda typerna av mål är dock stor. Renommésnyltning i marknadsföringsrätten är nu ett effektivt känneteckensskydd, som främst skyddar näringsidkarens investeringar i varans identitet.⁵⁵

⁵³ Svensson, s. 58.

⁵⁴ Svensson, 2001, s. 94-100.

⁵⁵ Bernitz, m.fl., 1998, s. 238.

3 Licensavtalsklausuler och tillämpliga lagar vid avtal

3.1 Inledning

Hur ska den immateriella rättigheten nyttjas? Rättighetsinnehavaren kan välja att själv nyttja den. Ett alternativ är att sälja den och få in pengar fort. Alternativet är att genom licensiering låta andra nyttja rättigheten och få ersättning i form av royalties. Den här delen av examensarbetet kommer att ta upp, frågor kring strategier vid marknadsföring av merchandisingprodukter, licensieringsavtalen och tillämpliga lagar på avtalen. Konkurrensrättsliga aspekter faller även in här.

3.2 Licensavtalet

3.2.1 Olika typer av licensavtal

Vilken rätt licenstagaren får till den licensierade rättigheten vid ett merchandisingavtal beror på hur avtalet är skrivet. I grunden finns det två typer av licenser, - enkla och exklusiva, som styr i vilken mån det är frågan om ensamrätt eller inte. Till det kommer generallicensen, som närmast är att anses som en form av överlåtelse.

Enkel Licens - vid en enkel licens får licenstagaren rätt att utnyttja avtalsobjektet, men han får ingen ensamrätt till det. Licensgivaren har full rätt att upplåta avtalsobjektet även till någon annan och inte minst att nyttja det själv.

Exklusiv licens - en exklusiv licens ger licenstagaren en absolut rätt inom ett geografiskt område. De exklusiva licenserna kan i sin tur delas in i öppna respektive slutna exklusiva rättigheter med absolut områdesskydd. Skillnaden mellan de båda är, att i den senare tar licenstagaren ansvaret för att hindra tredje man från att begå intrång. Vid båda varianterna lovar licensgivaren att inte ge ut licenser till andra och att inte själv konkurrera med licenstagaren. Licensgivaren kan t.ex. försöka hitta en agent för sina rättigheter i länder eller regioner, där licensgivaren inte känner till marknaden.

Sole licens - en variant av exklusiv licens är s.k. sole licens, där licensgivaren förbehåller sig rätten att själv vid sidan av licenstagaren använda sig av rättigheten.

Generallicens - en generallicens är en licens, som är nästan helt jämförbar med en överlåtelse. Licenstagaren garanteras då en i alla avseende oinskränkt licens. Licensgivaren har dock kvar äganderätten och möjligheten till försäljning av immaterialrätten.⁵⁶

3.2.2 Viktiga klausler i licenavtalet

Hur omfattande ett licensavtal är beror på om det är skrivet utifrån svensk eller anglosachsisk tradition. Utländska avtal är i regel längre än svenska, som kan vara korta och koncisa. För det första brukar avtalet innehålla namn- och adressuppgifter på parterna och vem som är kontaktman. Vidare är det viktigt att avtalsobjektet specificeras, dvs. vilken rättighet och figur, som avtalet gäller.

Field of use-klausul innebär, att licensgivaren kan begränsa utnyttjandet av rättigheten till att gälla för ett visst slags utnyttjande som t.ex. att göra film, tillverka leksaker eller göra dataspel. Genom en *field of use-klausul* går det också att begränsa användningen till geografiska områden eller språk. Det ger en uppdelning av licenserna, som ger licensgivaren en möjlighet att få tag på de bästa möjliga licenstagarna inom varje delområde.

Det är vidare viktigt för den ursprunglige upphovsmannen och varumärkesinnehavaren att ha en *produktgodkännande klausul*. De har då rätt att stoppa skadliga produkter och skydda de grundläggande rättigheterna. Ett godkännande av rättigheten innebär också ett visst skydd för licenstagaren, som då kan sätta igång marknadsföringen kring produkterna.

I avtalet bör också ingå en klausul som bestämmer storleken på royaltyn. Om eventuellt förskott ska betalas av licenstagaren till licensgivaren bör detta även framgå av avtalet. Slutligen är det viktigt ha en klausul som bestämmer kontraktets giltighetstid.

De olika licenstyperna kan kombineras i olika delar av avtalet, men det gäller att vara försiktig så att avtalet inte blir konkurrenshämmande.⁵⁷

3.3 Licensiering av immaterialrätter som företagsstrategi

3.3.1 Inledning

Merchandising förekommer i flera olika situationer och med olika aktörer. Det finns t.ex. familjeföretaget, som licensierar ut sina rättigheter själva.

⁵⁶ Levin, Nordell (red), s. 27f.; Nordström Ulf, *Licensavtalet*, utgåva 5, Stockholm, 1991, s. 9, 20.

⁵⁷ <http://www.pluslicens.se/svensk.html> (2003-05-07)

Andra väljer, att låta ett licensieringsföretag sköta licensieringen kring sina rättigheter. Flera grundläggande strategiska och ekonomiska överväganden är dock gemensamma för de olika situationerna. Vad är det som licensieras? Hur värderas en rättighet och går det att förutsäga dess livslängd?

3.3.2 Varumärkskapital - Uppmärksamhetsvärde

Att se sina varumärken som en social process med flera olika aktörer och ekonomiskt värdera dem är en relativt modern företeelse. Rent juridiskt har varumärken inget reellt värde enligt varumärkesrätten. Legalt sett uppfattas varumärken som en markör för en produktkvalitet och ursprung. Varumärket har också till uppgift att skydda konsumenten och inte innehavaren av varumärket. Varumärket antas underlätta kommunikationen mellan marknadens aktörer och därmed har det en samhällsnyttig form. Patent och upphovsrättigheter anses, till skillnad ifrån varumärkesrättigheter, ha ett eget inneboende värde, som är värt att skydda eftersom de skapar nya idéer och därmed driver på samhällsutvecklingen.

Tag två generiska produkter, t.ex. havregryn som kommer från samma fält. Vad är det som får en konsument att betala några kronor extra för den ena produkten och inte för den andra och vad är det kunden köper förutom själva havregrynen? Svaret är det uppenbara varumärket eller snarare det extra mervärde, som varumärket bär med sig för kunden dvs. varumärkeskapitalet. Varumärkeskapitalet är det slutresultat som kommer efter att ett företag har byggt upp ett varumärke. Varumärkets personlighet och värde är kärnan i varumärket. Ur märkesinnehavarens synvinkel är varumärkeskapitalet resultatet av varumärkesuppbyggnaden i konsumentens medvetande oavsett om uppbyggnaden skett planerat eller mer slumpartat. Märkesidentiteten består av emotionella argument, som berättar vad som gör varumärket unikt, vad som ger det mening och vad varumärket står för. Varumärkets image ger konsumenten en möjlighet att bekräfta sin identitet och visa utåt vad den står för och socialt hör hemma. Produktens namn, historiska bakgrund, symboler och personer som den förknippas med är viktiga byggstenar när en varumärkesidentitet byggs upp. Ett företag, som vill muta in ett varumärkesposition på marknaden, som t.ex. lyxig, bör tänka på att den stämmer med varumärkets identitet och inte minst målgruppens behov.⁵⁸

Tron på ett varumärke som ett strategiskt konkurrensmedel är stor. Ett välkänt varumärke kan muta in en mental position hos konsumenterna, som förhoppningsvis väcker en märkeslojalitet och märkeskänedom hos dem. Märkeskänedom kan naturligtvis både vara negativ och positiv. Rocha Gil och Neurosedyn väcker knappast några positiva associationer. Målet för en innehavare av ett varumärke är att få märkeslojala kunder. Ett välkänt varumärke kan försvåra för konkurrenterna att komma in på marknaden. Med

⁵⁸ Melin. s. 53-58.

ett välkänt varumärke kan innehavaren kommunicera direkt med konsumenterna i stället för att gå omvägen kring detaljisterna.⁵⁹

Marknadsföringsmässigt kan varumärke beskriva fyra olika nivåer.

1. *Positionering*. Det första som konsumenten tänker på när han ser märket. Om det är flingor, t.ex. nyttig, god och billig.
2. *Fördelar*. En konsument köper fördelar och inte attribut. Attributen måste därför föras över till känslomässiga skäl. ”Jag är hälsosam om jag köper och äter de här flingorna.”
3. *Märkesidentitet*. Varumärket säger något om vad kunden står för. Märkesinnehavaren bör därför ta reda på vilken målgrupp, som stämmer överens med de fördelar som säljer produkten.
4. *Personlighet*. Varumärken ger en bild av vem det är, som använder märket. För personen som köper ett varumärke med stark personlighet blir det en bekräftelse på vem man är eller önskar att vara.⁶⁰

Ett varumärke med starkt varumärkeskapital kan vara värdefullt eftersom de flesta konsumenter känner till varumärket och är positivt inställda till det. Många av varumärkets konsumenter är märkeslojala, eftersom varans kvalitet uppfattas som god av dem. För en försäljare gäller det att utveckla strategier som uppehåller eller ökar intresset för produkten, dess upplevda kvalitet, användbarhet och inte minst att varumärket ska väcka positiva associationer hos konsumenterna. Det gäller att ta reda på och anpassa produkten efter målgruppens behov och önskemål, som förändras över tiden. Merchandising kan vara ett sätt att öka exponeringen av ett varumärke och försöka bygga upp synergieffekter vid marknadsföringen av de olika produkterna, men lika väl kan det vara en vidareutveckling av ett gammalt starkt varumärke.⁶¹

Inom marknadsrätten har det kommit till två juridiska begrepp, goodwill och uppmärksamhetsvärde genom Marknadsdomstolens dom (MD 1999:21) angående Robinson. Som tidigare visats har Marknadsdomstolen i flera mål erkänt, att TV-program och fiktiva reklamkaraktärer kan ha ett extra uppmärksamhetsvärde. Goodwill är ett egenvärde, som en företagare kan bygga upp kring ett varumärke. Goodwill är mervärdet kring en jämn produktutveckling, marknadsföring och servicenivå. Frågan är om inte Marknadsdomstolens goodwillbegrepp är jämförbart med varumärkesstrategernas varumärkeskapital. Uppmärksamhetsvärde verkar vara ett vidare begrepp än renommé. De inblandade företagen, SVT och OLW, hade starka varumärken med mycket goodwill och bra renommé. Det var inte snyltning i den meningen, att ett kännetecken med svagare renommé snyltade på ett med starkare renommé. OLW snyltade i stället på den

⁵⁹ Melin, s. 119.

⁶⁰ Kotler Philip, Armstrong Gary, Saunders John, Wong Veronica; *Principles of Marketing*, The European Edition, Storbritannien, 1996, s. 556.

⁶¹ Kotler mfl, s. 558.

uppmärksamhetsvåg, som var omkring programmet, vilket ledde till någon form av indirekt förlust för SVT⁶²

Sammanfattningsvis går det förenklat att säga, att det är varumärkeskapital som licensieras, men det får inte blandas ihop med en produkts merchandisingpotential. Ett starkt varumärke med mycket varumärkeskapital är inte detsamma som en vara med merchandisingpotential. Alla produkter passar inte för merchandising, men ett starkt varumärkeskapital/goodwillvärde är en bra startgrund.

3.3.3 Licensiera eller inte?

Det finns tre vägar att få tillgång till en egen immaterialrätt: köpa, licensiera eller skapa en egen ny rättighet. Företagsförvärv är den snabbaste vägen att komma över immaterialrätter. Nackdelen med en sådan strategi är, att det vid företagsförvärvet kan följa med för förvärvaren ointressanta verksamheter, miljöproblem, gamla skadeståndskrav och skatteskulder dvs. problem som det förvärvande företaget inte har intresse av att bli indraget i. Ett till synes billigt företagsförvärv kan bli dyrt. Den vinst, som var tänkt att uppkomma försvinner ofta genom att företagsledningen inte kan det nya företaget och den bransch, som det fungerar i. Att sammanföra två olika företagskulturer och få dem att fungera som en välfungerande enhet är ofta en mycket underskattad svårighet. Att enbart köpa varumärket eller upphovsrätten, är enklare, om säljaren går med på det.⁶³

Det tar tid, att själv skapa en immaterialrätt. För att lyckas med detta krävs att företaget har de tillverknings- och distributionskanaler som behövs samt tålamod eftersom det är ett arbete på lång sikt att etablera ett kännetecken. Fördelarna med att själv skapa sina egna immaterialrätter och utnyttjandet av dem är, att innehavaren av rättigheten får absolut kontroll över äganderätten och rättighetens utvecklande. En ytterligare fördel är, att det ger företaget en möjlighet att växa och därmed ökade karriärmöjligheter för arbetstagarna.⁶⁴

För ett företag med ett starkt varumärke, som vill öka tillväxten, finns det flera alternativ. Företaget kan välja att göra det självt eller låta tillväxten ske genom licensieringsprogram. Företaget kan starta nya varumärken som riktar sig till nya målgrupper. De kan ompositionera varumärket eller utveckla det genom att ge ut nya produkter eller varor i samma produktkategori fast med annan smak, lukt eller form. Sannolikheten för att en märkesutvidgning ska lyckas är större om den nya produkten är relaterad till den gamla ur-

⁶² Nordell Per Jonas; *Marknadsrätten goodwillskydd*, Stockholm, 2003, s 18f., 22-25, 120-124.

⁶³ Johnson Gerry, Scholes Kevan; *Exploring Corporate Strategy*, Fifth Edition, Storbritannien, 1999, s. 337ff.; Smith, Gordon V., Parr, Russel L.; *Intellectual Property Licensing and Joint Venture Profit Strategies*, Second Edition, USA, 1998, s. 40ff.

⁶⁴ Smith/ Parr, s. 37ff.

sprungliga identiteten. Risken är stor för intern kannibalisering mellan de olika produkterna.⁶⁵

Merchandising kan vara en metod att ompositionera ett gammalt märke eller att stärka dess ställning gentemot kunderna. Tidigare i examensarbetet har tobaksföretagens försök att ompositionera sina varumärken till att förknippas med kläder, äventyrsresor och sportklockor nämnts, men fotbollslagens merchandisingprodukter till sina supportrar är ett annat tydligt exempel. Det ger de mest hängivna supportrarna en chans att uttrycka sin identitet med hjälp av en halsduk, en tröja eller en klocka. MD 2002:17 (Gladiatorerna) och MD 1999:21 (Robinson) visar på skillnaden hur SVT och TV4 arbetar med merchandising kring företagets produkter. SVT:s syn på merchandising är att bolaget inte främst ska tjäna pengar utan upprätthålla kvaliteten på produkterna. TV 4 är beroende av de intäkter, som annonsförsäljningen ger. Ett populärt program ger högre annonsintäkter. TV 4 arbetar därför aktivt med att bygga upp programmets image genom sportevenemang och familjeunderhållning. Genom att licensiera ut rättigheterna till "Gladiatorerna" kommer även pengar in för t.ex. kläder, läskedrycker och böcker. Både SVT och TV4 stördes av att associeras med icke önskvärda företag. SVT stördes eftersom företaget månade om att vårda sitt anseende som ett oberoende, trovärdigt medieföretag med stor integritet. TV 4 för att företaget satsat stora resurser på att ge programmet en viss image. Det är viktigt för TV 4 att ha kontroll över vad programmet kopplas ihop med. Om det skulle förekomma i fel sammanhang, kan annonsörer, sponsorer och licenstagare ompröva sitt engagemang och i slutändan försvinner en inkomst för TV 4.

Ett alternativ är att börja tillverka helt nya produkter under samma namn. Tillväxtpotentialen för ett varumärke vid en varumärkesutvidgning beror på hur märkeslojala konsumenterna är. Det ursprungliga varumärket måste stå för något begärligt även i de nya produkterna. Märkesidentiteten måste liksom stämma överens. Den gamla produktens målgrupp bör också attraheras av de nya produkterna.

De faktorer, som driver fram ett licensieringsprogram, är främst tidsbesparing, kostnadskontroll och riskreducering. Det är dyrt och riskfullt att skapa en immateriell rättighet och licensiering fungerar som en genväg. Merchandising kan vara ett exempel på en form av strategisk allians mellan två företag. En orsak till att strategiska allianser blivit vanliga är att konkurrensen har ökat från att vara lokal till att bli världsomspännande och mediebruset har blivit allt högre. Det går inte för ett företag att skapa sin egen nisch och sedan ta det lugnt utan företaget måste vara beredd på att få inkräktare från hela världen.^{66 67}

⁶⁵ Kotler mfl, s. 562-568; Melin s. 226.

⁶⁶ Marknaden för svenska friluftprodukter har länge varit en skyddad nisch. Lundhags kängor hade för tio år sedan närmast monopol på den svenska marknaden för friluftskängor. Utländska konkurrenter började sälja kängor som var lättare, stadigare och mer lättskötta och inte minst slapp konsumenten plågsamma skavsår när de skulle gå in dem. Lundhags har idag tappat en stor del av sin marknad och märkesutvidgar sin

Kostnaden för att licensiera är relativt låg jämfört med de ekonomiska resurser, som krävs för alternativet med någon form av korsvist ägandeskap i ett gemensamt företag. Vid en licensiering går den ekonomiska risken för projektet över på licenstagaren. Licensen innebär att det är lätt att bryta kontakten om avtalsförhållandet inte skulle fungera och ägaren kan hitta nya sätt att utnyttja sin rättighet innan dess ekonomiska liv tagit slut. Samtidigt kan avtalet leda till ett nära samarbete mellan parterna för flera år fram över. Målet är att en så kallad "win-win" situation för parterna ska uppnås. Ägaren behåller en viss äganderätt och kontroll över immaterialrätten. Möjligheten att utnyttja rättigheten öppnas upp för ägaren till annat än den ursprungligen var tänkt för (merchandising) och förhoppningsvis ökad vinst.

Nackdelen med licensieringen är att kontrollen över de rättigheter som överlåts, förloras under licensieringstiden. Speciellt dåligt skrivna avtal kan innebära att mer rättigheter än de som var tänkta från början överförs. Licenstagaren kan efter att licenstiden löpt ut bli en konkurrent genom de kunskaper han fått genom licensen. Vid merchandisingfallen finns det ofta en upphovsrätt eller en varumärkesrätt i bakgrunden och den hindrar risken för intrång. Licenstagaren kan hamna i en situation som inte förutsågs i kontraktet, t.ex. konkurs, pengabrist och naturkatastrof. Licenstagaren har då makten över rättigheterna, men kan inte utnyttja dem och i hindrar i sin tur licensgivaren att exploatera rättigheterna om avtalet är dåligt skrivet. För licenstagaren innebär det en nackdel att han blir låst till en viss ensamrätt under en viss tid, om ensamrätten skulle vara en ekonomisk felsatsning.⁶⁸

3.3.4 Varumärkesvärdering

3.3.4.1 Varför varumärkesvärdering?

Vid merchandising kan en större mängd produkter behöva tas fram inom olika branscher. Att licensiera till en annan part är alltid riskfullt. Mycket kan gå snett. En varumärkesvärdering ger innehavaren av ett varumärke möjlighet att på ett vedertaget sätt fastställa ett varumärkes värde över en tidsperiod. För ett förvärvat varumärke är det lätt att fastställa marknadsvärdet, eftersom det är köpeskillingen. För egenutvecklade varumärken är det svårare att fastställa värdet och värderaren får ta hjälp av värderingsmodeller. Grunden är att studera varumärkets styrkor och svagheter och hur väl det fungerar i konkurrensen på marknaden.⁶⁹

Ett exempel på en metod att värdera varumärken är att undersöka det enskilda varumärkets ställning inom följande områden:

1. Intern företagsanvändning

verksamhet till att även sälja andra friluftprodukter som ryggsäckar och kläder. Trangia är ett ytterligare exempel på ett svenskt varumärke som fått ökad konkurrens.

⁶⁷ Johnson mfl, s. 342 ff.; Smith/Parr, s. 42ff.

⁶⁸ Smith/Parr, s. 45ff.

⁶⁹ Melin, s. 66f.

2. Extern företagsanvändning
3. Ekonomiska redovisningar
4. Tillgång för lån
5. Företagsförvärv
6. Licensiering till tredje part

Effekten av en varumärkesutvärdering påverkar alla som har med varumärket att göra och de tjänar också på det. Vet en varumärkesinnehavare vad en rättighet är värd, kan den t.ex. fungera som ett instrument för att övervaka licenstagare.

Vid licensiering till en tredje man förekommer både möjligheter och risker. Varumärket kan förstärkas eller försvagas av licensieringen. En varumärkesvärdering ger svaret på hur mycket varumärket är värt innan licensieringen, men också hur mycket det är värt efteråt. Ett av företagets mål är att stärka sitt varumärke och en varumärkesutvärdering kan visa om licensieringen har lyckats. Är det ett starkt varumärke i botten kan en klausul i avtalet vara lämplig, att licensgivaren har rätt att upphäva avtalet, säga upp bekantskapen med licenstagaren och förstöra alla licenstagarens produkter på dennes bekostnad. För en licenstagare går det att skydda sig genom att själv göra en undersökning om varumärket sjunkit i värde. Varumärkesundersökningar kan vara en viktig källa till information vid beslut, som rör licensiering.⁷⁰

3.3.4.2 Ekonomiskt liv

En immaterialrätts ekonomiska livslängd (economic life) kan beskrivas som den period, som det är lönsamt att använda en tillgång. Ett varumärkes ekonomiska liv slutar, när det inte längre är lönsamt att utnyttja den eller det finns andra tillgångar, som är lönsammare att utnyttja. Det är viktigt att skilja på en varus ekonomiska liv mot dess tjänsteliv (service life), som är perioden från att den invigs till att den tas ur bruk oavsett dess lönsamhetsförmåga.

Den ekonomiska livslängden på materiella tillgångar påverkas i regel inte av juridiska och avtalsrättsliga bestämmelser. De tillhör en affärsrörelse och de stannar i rörelsen så länge, som ledningen vill. Många former av immateriella rättigheter t.ex. upphovsrättigheter, varumärken och patent, har dock ett legalt eller kontrakträttsligt liv. Det är viktigt att bestämma om rättigheterna har en legal eller kontrakträttslig begränsning. Oftast är dock det ekonomiska livet kortare än det legala livet, eftersom rättigheten påverkas av yttre krafter. De yttre krafterna kan antingen analyseras individuellt eller så kan deras gemensamma påverkan på rättigheten studeras. För att bestämma en produkts ekonomiska livslängd, gäller det att identifiera alla ekonomiska faktorer och hitta den svagaste av dem, därför att det är den som oftast bestämmer en produkts livslängd.⁷¹

⁷⁰ Simensky Melvin, Bryer Lanning, Wilkof Neil J.; *Intellectual Property in the Global Marketplace, Volume One*, Second Edition, USA, 1999, s. 21.13ff.

⁷¹ Smith/Parr, s. 223f.

3.3.4.3 Subjektiva analyser

Det finns flera allmänna faktorer, som kan tyckas vara självklara att ta med vid en analys av den ekonomiska livslängden. Förändringar sker ständigt. Ofta är de små och omärkbara, men ibland är de stora och revolutionerande. Det är därför viktigt att känna till hur utvecklingen har skett i den bransch, som man är aktiv i. Influenserna utifrån, som påverkar företaget, har också blivit viktigare. En immaterialrätt är värd så pass mycket pengar, som den har förmåga att dra in och dess ekonomiska livslängd är också lika lång, som dess förmåga att producera inkomster. För att en immaterialrätt ska ha något ekonomiskt värde måste den vara knuten till en tjänst eller vara på marknaden. Om immaterialrätten inte finns representerad på marknaden och inte drar in några pengar, har den troligen inget ekonomiskt liv. För att bedöma en immaterialrätts ekonomiska värde är det därför viktigt att se var den befinner sig i sin livscykel. Det gäller att identifiera alla faktorer, som påverkar den ekonomiska livslängden och sedan hitta den, som indikerar den svagaste livslängden.⁷²

3.3.5 Faktorer som styr den ekonomiska livslängden

Varumärken sägs ofta ha evigt liv så länge som de används, sköts eller visar sig vara generiska. Verkligheten är den, att formen och stilen ofta gör att varumärken blir föråldrade. Varumärkesinnehavare moderniserar ständigt sina varumärkens utseende genom att förändra typsnittet och stilprägnen. Varumärken läggs till portföljen eller tas ur bruk, eftersom de inte längre passar in i konceptet. TV-program slutar att sändas. En ny (oftast varumärkesregistrerad) slogan för en produkt kan ge produkten en fräschare image. Samtidigt finns det slogans och varumärken som är otroligt långlivade. Vanligtvis är slogans, ord eller symboler som är underordnade ett primärt varumärke mer kortlivade. Många av de underordnade varumärkena har utvecklats för att svara för en tillfällig situation.

Det finns flera unika faktorer, som gör ett varumärke ekonomiskt föråldrat.

1. Företagsköp och fusioner kan göra, att ett varumärke läggs i malpåse eller säljs vidare om varumärket inte passar in den nya strukturen. För en licenstagare gäller det att vara medveten om möjligheten att dessa företagshändelser kan ske och att i licensen skydda sig mot det. Vad skulle hända med en licenstagare, om varumärkesinnehavaren beslutar lägga ner varumärket? Om licensen överlever den här händelsen förlorar licenstagaren stöd i marknadsföringen och kan skadas av nedläggningen av produkten, om marknaden ser negativt på den.
2. Varumärken kan påverkas av att produkten och tekniken bakom blir föråldrade. Tillsammans med risken för att varumärken ska kunna betraktas som generiska kan det sägas att innehavaren av ett varumärke möter ett tvåeggat svärd. Efter att ha försökt få ett varumärke sammanlänkat med

⁷² Smith/Parr, s. 224-228.

en produkt, så att inhandlandet av produkten blir ren rutin för kunden, kan innehavaren hjälplöst se varumärket gå till sista vilan med den (tekniskt) föråldrade produkten. För att ett varumärke ska kunna finnas länge, är det viktigt att det med en viss rörlighet kan klara (tekniska) förändringar och inte är uppbundet till en viss produkt.

3. Varumärken påverkas av kulturella influenser som etnicitet, kön och religion. Vad som är politiskt korrekt och säljande i en tidsperiod kan vara olämpligt i nästa. Små negerpojkar gick det förr bra att ha på kaoburkarna.
4. Miljö och hälsoaspekter. Ingen konsument är intresserad av att handla hälsovådliga produkter.
5. Varumärken bör ha en viss internationalitet och inte väcka anstöt i de största kulturerna. IKEA kommer troligen aldrig av den anledningen att sälja träleksaksbilen Fart i engelsktalande länder eller pyssellådan Pula i Norge.⁷³

3.3.6 Upphovsrätt

Legalt har upphovsrätter en mycket lång livslängd. Eftersom upphovsrätten omfattar många olika former varierar naturligtvis även den ekonomiska livslängden beroende på vilken sorts verk det gäller. Ett tydligt exempel på detta är musikaliska verk. En del sånger har en kort livstid och inbringar mycket royalties under en kort tid, medan andra har en lång livstid och inbringar en stadig ström av royalties. En del musikaliska verk, som har fallit i glömska, kan återupptäckas i en reklamfilm och åter bli populära och därmed inbringa royalties igen. Det är omöjligt att spå vad som kommer att bli populärt, men det finns ett antal överväganden som kan hjälpa till att bestämma upphovsrättsliga verks möjliga ekonomiska livslängd.

1. Vidden av exploateringen är viktig. Det är idag vanligt att berättelsen och karaktärerna i en bok exploateras i en mångfald av medier liksom i en mängd understödjande produkter (merchandising).
2. Med alla immaterialrätter är det viktigt med en viss anpassningsförmåga för att bredda exploateringsmöjligheterna.
3. Tidlöshet är viktigt. En upphovsrätt ska kunna upptäckas av nya generationer.

Ett upphovsrättsligt verks livslängd beror till stor del på dess karaktär och hur det exploateras.⁷⁴

⁷³ Smith/Parr, s. 230-236.

⁷⁴ Smith/Parr, s. 236ff.

3.4 Licensrättsliga regler i immaterialrätten

3.4.1 Varumärkeslicensiering

De licensrättsliga regler som finns vid immaterialrättsöverlåtelser och upplåtelser är få och i regel dispositiva. Det finns inget registreringskrav i varumärkeslagen för varumärkeslicenser och varumärken kan därför fritt överlåtas och licensieras ut. I 32 § VML råder presumptionen, att ett varumärke följer med rörelsen, om rörelsen överlåts. Detta gör, att det inte går att sälja rörelsen och sedan licensiera ut varumärket utan att avtala specifikt om det. Regeln gäller både för registrerade och inarbetade varumärken. Utan ett särskilt avtal följer varumärket med rörelsen vid en företagsöverlåtelse, men om det avtalas om det har innehavaren av varumärket fria händer. Det är frivilligt att notera licenser i registret enligt 34 § 3 st. VML.⁷⁵

Bestämmelsen i 34 § 2 st. VML innebär, att en licensgivare kan stämna sin licenstagare för varumärkesintrång, om licenstagaren bryter mot licensvillkoren i licensavtalet. En licens kan, som ovan påpekats, på begäran antecknas i varumärkesregistret, men anteckningen är inget villkor för licensens giltighet i Sverige. Licensen kan både vara enkel och exklusiv och gälla för alla varuklasser eller endast några enligt 34 § 1 st. En ansökan till PRV om registrering måste, enligt varumärkesförordningen (1960:648) 6 och 15 §§, innehålla följande uppgifter för att den ska kunna registreras:

- licensavtalet i original, bestyrkt kopia eller del av det som rör varumärket.

- licensinnehavarens namn eller firma samt postadress
- uppgift om datum för licensavtalet.

- om licensen är exklusiv eller icke-exklusiv

- om licensen är tidsbegränsad

- geografiska begränsningar

- ev. varuslagsbegränsningar

- begränsningar i hur varumärket får användas.⁷⁶

Varumärken, som får ett nytt användningsområde eller licensieras ut, kan vara vilseledande för allmänheten. En domstol kan vid vite förbjuda vilseledande användning av varumärket enligt 35 § VML. Tanken med paragrafen är, att skydda allmänheten från att en licenstagare eller den nya ägaren till varumärket tillverkar betydligt sämre produkter än originalet, vilket skulle kunna vara en grund till att merchandisingprojekt skulle kunna anses vara vilseledande. Marknadsföringslagen innehåller en liknande klausul i 8 § MFL, som förbjuder vilseledande efterbildningar, som kan förväxlas med andra näringsidkares produkter om de är välkända eller särpräglade. Det är vanligare att marknadsföringslagen tillämpas än varumärkeslagen. Det är

⁷⁵ Kocktvedgaard/Levin, s. 331f.

⁷⁶ http://www.v.prv.se/varumarke/pantsattning_licens_licens.html (2003-04-02)

möjligt att förbjuda vilseledande licenstagare eller ny innehavare att använda märket.⁷⁷

Om lagförslaget SOU 2001:26 ”Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen” blir verklighet, skulle det inte innebära några stora förändringar i möjligheten att överlåta och licensiera ut varumärken. De nya paragraferna 52-54 §§ i förslaget motsvarar i princip de gamla paragraferna 32-34 §§ VML. Varumärkeslagens regler om licensieringsavtal fungerar med andra ord väl. Vid överlåtelse av ett företag finns presumtionen kvar, att varumärket följer med rörelsen, om inte annat har avtalats. Överlåtaren kan inte sälja rörelsen och sedan behålla varumärket och licensiera ut det till andra produkter. För att kunna göra det måste han uttryckligen behålla rätten till varumärket i överlåtelseavtalet. Detta gäller oavsett om varumärket är inarbetat eller om det är ett registrerat varumärke. Ny är däremot regeln angående överlåtelse av internationellt registrerade varumärken. Överlåtelser ska anmälas till den s.k. internationella byrån i stället för till Patent och Registreringsverket.⁷⁸

Licensgivaren har, med hjälp av reglerna i förslaget, möjlighet att agera mot en licenstagare, som bryter mot licensavtalet, eftersom han då begår intrång i en del av rättigheten, som han inte har rätt att använda. Förslaget innehåller en nyhet vad gäller möjligheten att registrera varumärkeslicenser i PRV:s register. Licenser till inarbetade varumärken ska gå att registrera hos PRV, om lagförslaget går igenom.⁷⁹

3.4.2 Upphovsrättslicensiering

Upphovsrättslagen reglerar bara överlåtelser och avtalslicenser. En upphovsrättslig överlåtelse kan i princip inte bli total på grund av upphovsmannens ideella rätt. Detta är en skillnad mot den varumärkesrättsliga överlåtelsen. Upphovsmannen har alltid kvar en viss moralisk rätt över verket. Licensiering av ett verk är en fördel för upphovsmannen, om han vill behålla en viss kontroll över verket. Upphovsrätten ger upphovsrättsinnehavarna full frihet att utforma avtalen med nyttjanderättsinnehavarna, som de vill. Lagen beaktar inte, att upphovsrätten kan fungera som en handelsvara bland många andra långt borta från upphovsmannen själv. Det kan vara fallet vid stora licensavtal. Upphovsrättslagens regler, som rör avtalsslutande är i mångt och mycket skyddsregler för upphovsmannen. Partiella överlåtelser är vanligast för verk med klart konstnärlig prägel eller syftning. En bok kan till exempel bli grund för en film eller dramatisering av verket. Överlåtelsen gäller just den begränsade rättigheten. Vid överlåtelser av mer teknisk karaktär är fullständiga överlåtelser vanligare.⁸⁰

⁷⁷ Kocktvedgaard/Levin, s. 331f.

⁷⁸ SOU 2001:26, s. 468f.

⁷⁹ SOU 2001:26, s. 466f.

⁸⁰ Rosén. Jan; Upphovsrättenavtal, andra upplagan, Stockholm, 1998, s. 107.

Reglerna för övergång av befogenheter är samlade i det tredje kapitlet URL. De flesta av dem är dispositiva och borde kunna tolkas analogt vid licensiering. Målet för lagstiftaren har varit att ge parterna full avtalsfrihet vid överlåtelser. De begränsningar, som finns, gäller för respekt- och namnangivelse-rätten. Se ovan under kapitlet om ideell äganderätt. Upphovsrättslagen kapitel tre är främst inriktat på *särskilda* avtalstyper, 27-28 §§ URL gäller dock för *alla* överlåtelser. Den grundläggande bestämmelsen finns i 27 § 1 st.

URL: ”Upphovsrätt må, med den begränsning som följer av vad i 3 § sägs, helt eller delvis överlåtas” Den ursprunglige upphovsmannen, liksom senare förvärvare, har rätt att föra verket vidare. Däremot bestämmer den ursprunglige upphovsmannen i vilken omfattning verket får föras vidare. Här gäller det att se upp, eftersom ett verk kan ha flera upphovsmän, som kan ha skapat verket tillsammans, och de bestämmer gemensamt över verkets förloppande.⁸¹

Bestämmelsen i 27 § URL ger möjlighet att dela upp rättigheten mellan olika förvärvare. Det är viktigt att veta vad som förs över till de olika licenstagarna. Uppdelningen kan vara en uppdelning vad det gäller exemplarframställning, visning, eller spridning av verket. Det kan också vara en uppdelning, som styr förvärvarens rätt tidsmässigt, rumsmässigt, innehållsmässigt eller i rättens exklusivitet. Det öppnar för en uppdelning av vilka befogenheter som ska föras över, vilka produkttyper, som licenstagaren ska ta fram och även kvantiteten.

I 27 § URL betonas också det självklara, att den som äger ett exemplar av verket inte äger rättigheten. Den exakta formuleringen i 27 § URL är: ”Överlåtelse av exemplar innefattar icke överlåtelse av upphovsrätt.” Vid överlåtelse av upphovsrätt finns ett principiellt förbud mot förändringar i det ursprungliga verket om inget annat har avtalats. Tanken är att förvärvaren ska använda verket som det är. Förbudet är inte beroende av upphovsmannens anseende eller egenart, vilket gör att skyddet är bredare än vid de ideella rättigheterna. Även om upphovsmannen medger, att verket får ändras, innebär det inte, att han avsäger sig de ideella rättigheterna som 3 § URL ger honom. I en kontraktuell situation används 28 § URL i första hand eftersom ändringsförbudet är vidare än det i 3 § URL. Om en upphovsman överlämnar sitt verk till ett visst ändamål, kan han inte motsätta sig ändringar, om han hade insikt om dem. Vid merchandising måste det nog anses att upphovsrättsinnehavaren har insikt om att verket kommer att ändras, men paragrafen ger ändå upphovsmannen skydd mot icke avtalade ändringar. Han bör också avtala fram rätten att godkänna alla produkter.⁸²

28 § URL innehåller också ett förbud mot att vidarelåta rättigheten. Tanken är dels att skydda upphovsmannen, så att han slipper ha en motpart, som han inte har något förtroende för. Förbudet är också till för att skydda hans ideella rättigheter, eftersom motparten kan styra över hur verket presenteras på marknaden. Regeln är dock dispositiv och kan avtalas bort. Vid totala över-

⁸¹ Rosén. s. 95.

⁸² Rosén. s. 129.

låtelse är det vanligt att avtala bort det här skyddet, eftersom det är naturligt att förvärvaren vill ha möjlighet att överlåta rättigheten vidare. Vid nyttjanderätt är det naturligt att upphovsmannen behåller rättigheten, eftersom han annars riskerar att stå med en annan avtalspart än den ursprungliga.⁸³

De, som handlar med upphovsrätter, har nästan fritt att besluta, vilka villkor som ska gälla. Den viktigaste begränsningen är, att den ideella rätten till verket inte kan förvärvas utan endast efterges. Hur stor befogenhet licenstagaren får styrs av avtalsklausulerna, som används i avtalet. En viktig begränsning inom upphovsrätten finns dessutom i specifikationsgrundsatsen, som säger att överlåtaren får behålla de befogenheter, som inte är klart angivna och som förvärvaren inte har ett aktuellt starkt behov av. Det är en restriktiv tolkning till upphovsmannens fördel. Förvärvaren får bara de befogenheter, som avtalet uttryckligen ger till honom.⁸⁴

De flesta verk, som skapas i ett kommersiellt syfte, har idag ofta flera upphovsmän. I de fall där flera upphovsmän har varit med och skapat ett verk och det inte går att särskilja de enskilda bidragen i verket, har upphovsmännen gemensam upphovsrättslig samäganderätt till verket. Upphovsmännen har rätt att var för sig beivra intrång i verket, men vad som gäller för övrigt är oklart. Motiven till upphovsrättslagen går längre än vad Lag (1904:48) om samäganderätt gör. Motiven kräver enighet i varje disposition av verket till skillnad från samäganderättslagen, som föreskriver att det ska råda enighet vid väsentligare dispositioner. Motiven ger upphovsmännen även rätt att var för sig förfoga över sin andel men det finns inga regler för hur en upphovsrätt ska upplösas. Filmverk är exempel på verk, där det finns många upphovsmän och hur rätterna ska fördelas måste lösas avtalsvägen. Detta görs också i sk filmavtal. Vid verk med många upphovsmän är det en god idé att skriva liknande avtal och reglera vem som har rätt till vad inte minst licensiering och hur marknadsföringen av verket ska gå till.⁸⁵

De flesta skyddade verk kommer till i anställningsförhållanden, trots föreställningen om den ensamme konstnären eller uppfinnaren, som med vanda och tankekraft skapar sitt verk. I svensk rätt finns i princip inga regler om vem som har rätt till äganderätten till verk, som är skapade i ett anställningsförhållande, utan det måste lösas avtalsvägen antingen i enskild eller i kollektiv form. Grundprincipen är att upphovsrätten i ett anställningsförhållande inte övergår i vidare översträckning än vad som är nödvändigt med hänsyn till företagets normala verksamhet. Arbetsgivaren får en från arbetstagaren härledd rättighet och företaget har rätt till normalt utnyttjande av rättigheten. Målet är ett rimligt avvägt förhållande mellan parterna. Båda parterna har rätt att hävda intrång och arbetstagaren har rätt att hävda sin ideella rätt. Upphovsrättstiden räknas också efter arbetstagaren dödsdag.⁸⁶

⁸³ Rosén. s. 134.

⁸⁴ Koktvedgaard/Levin, s. 381.

⁸⁵ SOU 1956:25, s. 143; Lag (1904:48 s.1) om samäganderätt; Koktvedgaard/Levin, s. 96f.

⁸⁶ Koktvedgaard/Levin, s. 103-107.

Undantaget är datorprogram, som har fått en klar reglering 40 a § URL, som fastställer att äganderätten övergår till arbetsgivaren i en anställningssituation om det ingick i arbetsuppgifterna eller skett efter arbetsgivarens instruktioner, om inget annat avtalats. Även den ideella äganderätten till datorprogrammet förs över till arbetsgivaren.⁸⁷

Genom att använda vedertagna avtalsklausuler och vara tydlig i avtalet går det att klart markera vilken rätt olika parter får.

3.5 Avtalslagen

3.5.1 Introduktion

Avtalslagen (Lag 1915:218 om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område) reglerar formen för ett avtals ingående. Det finns inga formkrav, som hindrar avtalslagens tillämpning på upphovsrättsliga eller varumärkesrättsliga avtal. Liksom köplagen är dock avtalslagen inte anpassad för rättighetsförvärv eller tidsbegränsade upplåtelse av immaterialrätter. Avtalslagen kan användas till att avgöra om ett avtal har ingåtts och om det av någon anledning ska förklaras ogiltigt eller jämkas. Förutsättningsläran kan verka som ett komplement till avtalsregeln i de fall avtalet i sig inte är oskäligt men förutsättningarna för avtalet har förändrats på ett sådant sätt att det har blivit det.⁸⁸

3.5.2 Avtalslagens ogiltighetsregler

Avtalslagens ogiltighetsregler är snäva. Ogiltighetsreglerna kommer därför inte undersökas närmare, men huvudreglerna för ett avtals ogiltighet är:

- tvång 28 och 29 §§ AvtL
- svek 30 § AvtL
- ocker 31 § AvtL
- förklaringsmisstag 32 § AvtL

För att en domstol ska tillämpa det s.k kallade tro- och hederstadgandet i 33 § AvtL, måste den ena parten ha varit berusad, sjuk eller okunnig om avtalsobjektets faktiska värde. Rättsföljden är att avtalet blir ogiltigt. Vidare måste det vara ohederligt att åberopa dessa omständigheter och medkontrahenten måste ha haft vetskap om omständigheterna.⁸⁹

⁸⁷ Paragrafen har sin grund i direktivet 91/250/EEG.

⁸⁸ Bernitz Ulf; Standardavtalsrätt, upplaga 6.5 Stockholm 2003, s. 84.

⁸⁹ Bernitz, 2003, s.76

3.5.3 Jämkning av oskäliga avtal enligt 36 § AvtL

Den viktigaste inskränkningen i avtalsfriheten för de avtalande parterna är möjligheten i 36 § AvtL att jämka oskäliga avtal. Det är en skälighetsbedömning i varje enskilt fall och måttstocken är, om avtalet avviker från dispositiv rätt, tvingande lagstiftning, och god affärsed. 36 § AvtL kan tillämpas på alla civilrättsliga avtal, och därmed även immaterialrättsliga avtal. 36 § AvtL ger möjlighet att på ett öppet sätt jämka ett avtal istället för att göra det dolt genom att t.ex. tolka avtalet till upphovsmannens fördel. Villkoret för att 36 § AvtL ska kunna tillämpas är, att domstolen finner att avtalsvillkoret är oskäligt. Skyddet i 36 § AvtL är främst ägnat att skydda en svagare motpart, även om det går att använda på jämbördiga parter med mycket stor försiktighet

Det går att använda 36 § AvtL till att bestämma rättsförvärvs omfattning och innehåll och att definiera vida och diffusa rättöverlåtelser vad det gäller tid och innehåll. Vederlagets storlek kan vid diffusa avtal vara avgörande för vad som är rimligt. Inte minst ger 36 § AvtL möjligheten att korrigera orimliga avtal vid rättsförvärv. Vid nya tekniker, som leder till nya användningsområden, kan det bli aktuellt att jämka avtalet. Avtalets typ och syfte är avgörande för rättighetsöverföringens omfattning och innehåll.

Det kan vara svårt att överblicka resultatet av avtalsvillkor, speciellt vid en total överlåtelse av en rättighet. Den typen av avtal är giltiga, men de kan träffas av 36 § AvtL eftersom det kan vara svårt att se följderna av avtalsvillkoren i framtiden. Svea hovrätt förklarade i sin dom 89-04-24, att ett långtidsavtal mellan en konstnär och ett konstförlag skulle upphöra att gälla. Avtalet omfattade all gammal och framtida produktion av konstnären. Kontraktet gjorde honom i praktiken livegen i förhållande till förlaget. Hovrätten gick upphovsmannen till mötes och avtalet upphävdes från och med den dagen domen föll. Upphovsmannen fick dessutom rätten tillbaka till sina verk, som han levererat till förlaget. Tingsrätten betonade också, att en konstnär måste få ha sin konstnärliga frihet i behåll.⁹⁰

Även om avtalet inte uppfyller rekvisiten i avtalslagens ogiltighetsregler, kan situationen ändå vara sådan, att avtalet behöver jämkas eller åsidosättas. 36 § AvtL har inte de tvingande inskränkande rekvisit, som finns i stadgandena om tvång, ocker, svek samt förklaringsmisstag.⁹¹

Det ska i regel kunna gå att avgöra, om ett avtal är oskäligt redan vid avtalets ingående, men ibland kan det ske saker efter avtalsslutandet, som gör att ett avtal blir oskäligt för en part att uppfylla. Till senare inträffade förhållanden hör om licensprogrammet blir en större succé än planerat. Ett annat förhållande är, att avtalet är formulerat på ett sådant sätt, att den extra vinsten bara hamnar hos ena parten, om vinsten är oskäligt stor. Säljaren/licensgivaren bär risken för varans prisförändringar innan avtalsslutandet och köpa-

⁹⁰ Svea Hovrätt 89-04-24, (Ur svensk rättspraxis NIR 1989 s. 394).

⁹¹ Bernitz, 2003, s. 76

ren/licenstagaren efteråt. Enligt Hellner gäller det, att inte alltför starkt låta sig påverkas av att något ofördelaktigt har inträffat och att det drabbar den ena parten. Frågan är hur riskfördelningen såg ut i avtalet. Vid en jämkning måste frågan ställas vem som ska bära risken enligt avtalet, parterna tillsammans eller, bara en av parterna? Valutaförändringar och prisförändringar är sådant som näringsidkare måste räkna med.⁹²

Ett exempel på när 36 § AvtL skulle kunna vara tillämplig på merchandisingavtal, är om den grundläggande immateriella rättigheten visar sig vara ogiltig efter avtalsslutandet och licensgivaren vid den tidpunkten var ovetande om hotet, dvs. i god tro. Licensgivarens handlande strider inte mot någon av ogiltighetsreglerna men avtalet är ändå värdelöst för licenstagaren.

Ett avtal kan få oväntade och orimliga ekonomiska konsekvenser för ena parten i efterhand. Rättigheterna kan visa sig mycket mer värda än väntat eller ett långtidsavtal med ett engångsvederlag kan bli ekonomiskt orimligt i längden. Parterna måste ha rätt att göra bra affärer, men det får inte bli ”för bra” för den ena parten som i de två nedanstående rättsfall, där HD i ett av dem jämkade arrendet. Exempelen nedan visar inte minst på vikten att skriva in tidpunkter i avtalet, då licensavgifter/arrenden ska omförhandlas.⁹³

I NJA 1983 s. 385 (Löddeköpinge) jämkade HD ett långtidsavtal på 49 år, avseende ett boendearrende. Hyran skulle följa ett priset för höstvetete, men avtalet hade med tiden blivit oskäligt lågt. HD jämkade avtalet till att i stället följa konsumentprisindex.

NJA 1979 s 731 (Drottningtorp) gällde även det ett 49-årigt arrendeavtal, som blivit för lågt. Till skillnad från det första fallet hade höjning av avgiften till ett visst belopp medgivits. Markägarna yrkade dock en höjning av markarrendet och indexreglering. HD ansåg inte att det fanns anledning att höja arrendet ytterligare eller att indexreglera det.

Skillnad i storleken i organisationen, resurser, kunskap och möjlighet att formulera avtalen till sin fördel kan göra ena parten underlägsen. Den enskilda konstnären är ett bra exempel på en svagare part, som det enligt 36 § AvtL kan behöva tas extra hänsyn till. Generellt går det att säga, att upphovsmannen är den starkare parten, eftersom han har det som är eftertraktat. Däremot kan han som upphovsman förhandla mot en stark organisation och gentemot den kan han vara i en underlägsen ställning. Om immaterialrättsinnehavaren använder sig av agenter, kan det var den, som tar fram produkterna, som är den svagare parten.⁹⁴

⁹² Ramberg Jan, Hultmark Christina, Allmän avtalsrätt, 4.e väsentligen omarbetade upplagan, Stockholm 1996, s. 229, 250ff.

⁹³ Bernitz, 2003, s. 89f.

⁹⁴ Hellner/Hultmark, s. 231f.; Bernitz, 2003, s. 79.

3.5.4 36 § AvtL och förutsättningsläran

36 § AvtL är mer flexibel än ogiltighetsreglerna i 28-33 §§ AvtL och kan dessutom fungera som jämningsregel. Att jämka kan vara en mer flexibel lösning än att förklara avtalet ogiltigt genom avtalslagens ogiltighetsregler. 36 § AvtL är klausulinriktad till skillnad från förutsättningsläran. 36 § AvtL jämkar i första hand en eller flera klausuler i avtalet eller i sista hand ogiltighetsförklarar avtalet. Om det inte finns några oskäligen avtalsvillkor i avtalet och det gäller en grundläggande förutsättning kan det vara aktuellt att istället använda sig av förutsättningsläran. Rekvisiten för att förutsättningsläran ska gå att tillämpa är:

Förutsättningen är felaktig.

Förutsättningen är väsentlig

Motparten inser, att förutsättningen var väsentlig för avtalspartnern

Domstolen finner vid en objektiv bedömning, att risken för den oriktiga eller bristande förutsättningen bör ligga på medkontrahenten.

Rättsföljden är främst att avtalet förklaras ogiltigt. I ett äldre rättsfall NJA1936 s. 368 (Nyborgs yllefabrik), använde HD förutsättningsläran. Fabriken hade träffat ett avtal med en grossist i branschen om leverans av tyg. Fabriken började sedan själv sälja direkt till butikerna. Det fanns ingen konkurrensklausul i avtalet, så det var inte fråga om något kontraktsbrott. Enligt HD innebar fabriken förfarande, att en väsentlig förutsättning för grossistens avtal brutits. Grossisten hade förutsatt att det inte skulle finnas någon konkurrens med fabriken. Grossisten ansågs därför av HD ha rätt att frånträda avtalet. Situationen i Nyborg kan tänkas uppkomma i ett licensavtal, där licensgivaren börjar konkurrera med licenstagaren, om licenstagaren inte i avtalet har garanterats ensamrätt att tillverka och sälja en viss typ av produkter.^{95 96}

3.5.5 Avtalstolkning

Det första steget är, att genom olika tolkningsmetoder försöka tolka fram parternas gemensamma partsavsikt. Avtalstexten är det primära underlaget, men om den inte ger svar, får andra metoder och tolkningsregler ta vid, t.ex. specifikationsgrundsatsen. Specifikationsgrundsatsen är en presumtionsregel mot för stora och vida rättighetsförvärv av upphovsrätt. Förvärvaren anses inte behöva mer av rättigheten än vad han behöver inom sitt normala verksamhetsområde. En möjlighet är, att genom s.k. norminriktad metod använda sig av dispositiv rätt för att fylla ut avtalet. Den dispositiva rätten kan då fungera som referens eller som utgångspunkt i bedömningen av rättsförhållandena.⁹⁷

⁹⁵ Se NJA 1985 s. 178 en leverantör hade utgått från att varvet skulle få statligt stöd och vågade leverera till varvet utan kontant betalning eller säkerhet. Varvet fick inget stöd. HD hittade inget oskäligt avtalsvillkor utan valde att använda sig av förutsättningsläran.

⁹⁶ Hellner/Hultmark, s. 213f.

⁹⁷ Bernitz, 2003, s. 11, 43ff.; Kockvedgaard/Levin, s. 380f.

3.5.6 Standardavtal

För att ett standardavtalsvillkor ska kunna göras gällande av en avtalspart krävs, att avtalet är en del av det enskilda avtalet och att villkoret har införlivats i avtalet. Om det inte har formen av ett förtryckt dokument, där parterna kan fylla i individuellt överenskomna villkor, brukar en referensklausul i avtalet hänvisa till ett visst standardavtal. Standardavtalet måste vara lättillgängligt för avtalsparten. Ett företag kan upprätta egna ensidiga standardavtal eller använda sig av standardiserade klausuler i avtalen. För det företag, som licensierar ut många rättigheter underlättar det naturligtvis om alla avtalen är standardiserade. Företagen brukar vägra att gå ifrån de standardiserade avtalen och klausulerna.⁹⁸

Standardavtal finns vid merchandising, men oftast tas klausuler med från dem i individualiserade avtal inte minst när det gäller de kommersiella frågorna. Mallar, så kallade styleguides, finns för hur de ska avbildas grafiskt och färgsättas. Royalties är ofta standardiserat i avtalen. Royalties brukar vara 7-10 % beräknat på varans grossistpris. Betalning sker efter redovisad försäljning av produkten. Avtalen löper ofta på ett år med automatisk förlängning. På matprodukter är procentsatsen bara 3-4 %, eftersom vinstmarginalerna är mindre på dessa varor. Vid promotion är den normala avgiften 10 % av den beräknade totalkostnaden för programmet. Vid tecknandet av avtal brukar licenstagaren betala en garantisumma, som beräknas vara ca 50 % av den sammanlagda royalty, som man beräknas få in.⁹⁹

⁹⁸ Bernitz, 2003, s.11ff.

⁹⁹ Sahlin Susanne; *Merchandising och Mumin - några juridiska aspekter*, Brands News nr. 4/94, s. 18f.

3.6 Köplagen

3.6.1.1 Introduktion

Är köplagen (Köplag 1990:931) tillämplig på avtal, som rör licensiering av immaterialrätter? Om det går att tillämpa köplagen, är dess felregler och påföljder praktiskt genomförbara?

3.6.1.2 Är köplagen tillämplig?

När den svenska köplagen är tillämplig framgår av 1-5 §§ KöpL. 1 § KöpL avgränsar lagen till att endast gälla köp av lös egendom. De immateriella rättigheterna ingår i kategorin lös egendom och det gör att den svenska köplagen omfattar köp av rättigheter. Vad som är ett köp definieras inte i lagen, utan enligt Ramberg är den vedertagna uppfattningen, att ett köp är en överlåtelse av egendom mot vederlag i pengar.¹⁰⁰

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) är förebilden för den svenska köplagen. Målet med CISG är att få en enhetlig internationell praxis, genom att medlemsländerna ska försöka följa varandras prejudikat. CISG:s tillämpningsområde omfattar främst varor, som det går att ta på (tangible) enligt art 1 CISG. Handel med immaterialrättigheter omfattas därför inte av konventionen.

Merchandisingavtal är till sin form nyttjanderätts/hyresavtal och ingen överlåtelse av rättigheten sker. Avtalen faller därför utanför köplagens direkta tillämpningsområde. Frågan är, om köplagen kan tillämpas analogt vid en avtalstvist mellan de kontraherande parterna. Licensavtal, som betalas med en engångsavgift och gäller på obestämd tid, utan några restriktioner ligger formmässigt mycket nära ett köp. Å andra sidan finns det licensavtal, där royaltyn betalas löpande och avtalet endast är giltigt under en begränsad tidsperiod. De avtalen har inte lika mycket gemensamt med köp som de förstnämnda licensavtalen.

Frågan om köplagens tillämplighet har varit omdiskuterad i doktrinen, men frågeställningen har då främst gällt *köp/överlåtelse* av immaterialrätter. Från immaterialrättsligt håll har det ansetts, att immaterialrättsliga köpeavtal är *sui generis*, dvs. avtal för sig. Levin är en av dem, som för fram den åsikten. Hon framhåller, att immaterialrätten i princip ingår i köplagens tillämpningsområde, men att lagen bör tillämpas med försiktighet i samband med *köp* av immaterialrätter. Levin anser, att vissa köprättsliga principer som avtalsbrott och fel dock kan användas i en begränsad mån. Nordell anser, att köplagens regler inte är ägnade att tillämpas vid förfogande över immaterialrättigheter. En immaterialrätt kan inte fysiskt förflyttas och risken kan därför inte heller gå över till köparen från säljaren, eftersom det inte finns något som kan skadas fysiskt. Vid frågan om part har presterat enligt

¹⁰⁰ Ramberg Jan; *Köplagen*; upplaga 1:1, Göteborg, 1995, s. 125.

avtalet, finns det dock ingen skillnad om bedömningen sker genom s.k. direkt tillämpning eller analogi.¹⁰¹

Köplagen är främst inriktad på att användas för objekt (varor), som är rörliga och flera av dess bestämmelser kan inte användas direkt på immaterialrättigheter. Exempel på detta är 6-10 §§ KöpL, som rör varans avlämnande. Enligt Håstad måste man läsa lagen med en viss skepsis, när avtalsföremålet ligger utanför vad lagstiftaren tänkt och vara beredd på att göra s.k. reduktionsslut (undantag).¹⁰²

Köplagen är dispositiv och i första hand ska det beaktas, vad parterna själva har avtalat enligt 3 § KöpL. I andra hand ska hänsyn tas till den praxis som har utbildats mellan parterna eller av handelsbruk eller annan sedvänja, som måste anses vara bindande för parterna. Hultmark framhåller, att om de kontraherande parterna inte har avtalat något, måste avtalet fyllas ut med dispositiva rättsregler. Dispositiv rätt kan även användas vid kontraktstolkning av oklara avtal. Levin ser snarast 3 § KöpL som en möjlighet att undvika att använda köplagen.¹⁰³

Hultmark anger, att köplagen är tillämplig på köp av immaterialrätter och att det även kan vara motiverat att tillämpa köplagen analogt på licensavtal. Fördelen med att använda sig av köplagen är, att man slipper olikheter i ansvarfördelningen, enbart på grund av att nästan lika avtal kategoriseras som upplåtelse eller överlåtelse. Genom att låta köplagen bli tillämplig analogt även på licensavtal, blir rättssystematiken tydligare. Mot det står att det finns en allmän motvilja att släppa in fler typer av köpobjekt än nödvändigt i köplagens system. Lindberg och Westman framför kort och lakoniskt i sin bok följande, ”Kravet på äganderättsövergång är att lagen inte är direkt tillämplig på nyttjanderättsavtal, dvs. avtal om nyttjande av egendomen under viss tid (upplåtelse).”¹⁰⁴ Även Rosén delar den här ståndpunkten, ”vid handel med upphovsrättigheter i form av *upplåtelser*..., är det således sällan lämpligt att direkt tillämpa köprätten eller att ens försöka finna rimliga analogier.”¹⁰⁵

Nackdelen med Hultmarks resonemang är, att avtalstyper som är dåligt anpassade för köplagen, kommer att tolkas efter den. Enkla licenser, som upplåts under en begränsad tid och där betalningen av royaltyn sker löpande, skiljer sig avsevärt från köp. En möjlig väg skulle kunna vara att tolka varje licens för sig och se om köplagen är tillämplig. För de licenser, som liknar köp, skulle köplagen i tillämpliga delar kunna användas och för de andra skulle partsbruk, handelsbruk, rättspraxis, allmänna rättsgrundsatser och uttalanden i doktrinen ta vid. Den här lösningen ger en oklarare

¹⁰¹ Koktvedgaard/Levin, s. 386; Nordell, s. 294; Se även Rosén, s. 79 f.

¹⁰² Håstad Torgny; *Den nya köprätten*, femte upplagan, Uppsala, 2003, s. 30.

¹⁰³ Hultmark, Christina; *Köplagens tillämplighet på fel i patent*, JT 1993/94, s. 698, Koktvedgaard/Levin, s. 385f.

¹⁰⁴ Hultmark s. 688f; Lindberg Agne, Westman Daniel; *Praktisk IT-rätt*, upplaga 2:3, Stockholm, 2000, s. 270.

¹⁰⁵ Rosén, s. 80.

rättsystematik, eftersom gränsen inte går mellan upplåtelse- och överlåtelseavtal utan inom kategorin upplåtelseavtal. Vid min kontakt med Mårten Rudolfsson på Bull och Jenny Ström på Pluslicens, som arbetar med licensiering och vidare licensiering av bl.a. seriefigurer, var mitt intryck, att det inte fanns i deras tankevärld, att köplagen skulle kunna tolkas analogt vid avtalstvister. Omförhandling är den vanligaste metoden för att lösa avtalstvister och lyckas inte parterna brukar en advokat läsa avtalet och komma med ett utlåtande.¹⁰⁶

Rättsläget är oklart. Mycket talar för att köplagen i praktiken inte är tillämplig vid licensiering av immaterialrätter. Den är däremot tillämplig vid köp av immaterialrätter. Svaret vid en kontraktskonflikt ligger troligen snarare i hård kontraktstolkning än tolkning av köplagens regler. Även om köplagen är tillämplig vid överlåtelser, är den dispositiv och avtalsparterna kan ha avtalat om att andra regler ska tillämpas (3 § KöpL). Handelsbruk och sedvänja liksom praxis från parterna tar i sådana fall över. Immaterialrätternas speciella karaktär leder till, att en stor försiktighet måste till vid en tillämpning av köplagen. Även om köplagen är tillämplig vid överlåtelse av immaterialrätter, är det frågan om det går att tillämpa dess regler i praktiken på licensavtal, eftersom köplagen inte är avpassad för handel med immaterialrätter. Detta gäller speciellt med tanke på köplagens felregler, påföljdssystem och regler om vem som bär ansvaret för fel.

3.6.1.3 Köplagens felregler

I köplagen finns två grundläggande felkategorier, faktiska fel i 17-19 § § och rättsliga fel i 41 §. De kategorierna skulle även kunna täcka felkategorierna rådighets - och immateriella fel, som inte är reglerade i den svenska köplagen. Köplagens felregler är främst inriktade på fel, som rör varans egenskaper eller användning, dvs. rent fysiska fel beträffande varans förpackning, kvalitet, art och mängd.¹⁰⁷

En immaterialrätt kan inte få fysiska fel som t.ex. att den går sönder. Däremot kan fel uppstå i själva immaterialrätten, som ska licensieras. Exempel på möjliga fel som skulle kunna uppstå är;

- att tredje man har rätt att utnyttja rättigheten,
- att rättigheten har en annan ägare
- att rättigheten begår intrång i en tredje mans immaterialrätt
- att rättigheten visar sig vara ogiltig
- att rättigheten ogiltigförklaras och upphävs av domstol eller PRV
- att varumärket anses vara vilseledande och förbjuds vid vite av domstol
- att användas
- att rättigheten har en kortare ekonomisk livslängd eller är ekonomiskt obrukbar

Felen som kan uppstå i en immaterialrätt tillhör därför främst kategorierna, rättsliga fel, rådighetsfel samt immaterialrättsliga fel. De två sista kategori-

¹⁰⁶ Samtal med Mårten Rudolfsson Bull och Jenny Ström Pluslicens den 14 maj 2003.

¹⁰⁷ Ramberg, s. 254-258.

erna är inte reglerade i köplagen. Går köplagens felregler att tillämpa analogt om det är fel i ett merchandisingavtal?

3.6.1.4 Köplagens regler vid faktiska fel

Till kategorin faktiska fel i 17 § KöpL hänförs bl.a. avvikelser från vad köparen kunde förvänta sig, när det gäller varans kvalitet och art. Varan ska stämma överens med vad som följer av avtalet, enligt 17 § 1st KöpL. Det är viktigt att i avtalet noga specificera vilka krav, som kan ställas på varan. I de fall kraven på varan inte följer av kontraktet, ska utfyllande rätt nyttjas.¹⁰⁸

Regeln i 17 § 2 st 1 p KöpL kan vara en vägledning vid bedömning om varan är ändamålsenlig, om inget annat har avtalats, eftersom den säger att varan ska "... vara ägnad för det ändamål för vilket varor av samma slag i allmänhet används." Varan måste vara normalt funktionsduglig och den får inte ha sådana fel, att den är olämplig för ändamålet samt måste vara lika brukbar, som motsvarande varor i allmänhet. Kravspecifikation kan vara ett sätt att klargöra hur en felfri rättighet ska se ut och vad den ska användas till.

Vid licensavtal får avtalstiden vara måttstocken för hur länge en immaterialrättighet ska vara felfri. Blir det fel i rättigheten under den tiden, och felet inte kan hänföras till en annan felkategori, kan det vara en orsak till att se det som ett fel i köplagens mening enligt 17 § 2 st. Kvalitetsfrågan bedöms efter vad som står specificerat i avtalet eller köparens befogade förväntningar i 17 § 3 st. KöpL. Säljaren har strikt ansvar och det är oväsentligt, om han kände till eller borde ha känt till felet.¹⁰⁹

Avgörande för om det är ett fel är köparens befogade förutsättningar i 17 § 3 st. I lagen framkommer inte när köparens förväntningar på varan är befogade. En möjlighet är att titta på de förutsättningar, som köpare typiskt brukar ha vid en köpesituation. I slutändan får praxis avgöra när andra fel föreligger.¹¹⁰

3.6.1.5 Köplagens regler vid rättsliga fel

Rättsliga fel innebär, att en tredje man gör gällande en sakrätt eller en annan liknande rättighet till den levererade varan och att det är till nackdel för köparen. Reglerna i 41 § KöpL innebär, att flera av köplagens regler om faktiska fel även gäller vid rättsliga fel. Till rättsliga fel hör att säljaren inte är rätt ägare till immaterialrätten och att rättigheten är belastad med en avtalad sakrätt dvs. pantsättning eller (licens)nyttjanderättsavtal. Rättsliga fel skiljer sig dock från andra genom att det vid reklamation inte finns någon annan tidsbegränsning än skälig tid. Rättsliga fel kan visa sig långt efter det att köpet har skett. I 41 § KöpL finns en viktig gränsdragning mot immateriella

¹⁰⁸ Hellner Jan, Ramberg Jan; *Speciell avtalsrätt I. Köprätt*, andra upplagan, Stockholm, 1991, s. 57ff.; Ramberg s. 258.

¹⁰⁹ Hellner/Ramberg; s. 58-60.; Ramberg, s. 270-275.

¹¹⁰ Hellner/Ramberg; s. 62.; Ramberg, s 275f.

fel. Uttrycket ”liknande rätt” har till syfte att begränsa bestämmelsens räckvidd eftersom regleringen inte är avsedd att behandla immaterialrättsliga fel, enligt prop. 1988/89:76 (Se nedan immaterialrättsliga fel). Det är oklart var gränsen går mellan de två felkategorierna.¹¹¹

3.6.1.6 Rådighetsfel

Rådighetsfel innebär att ett offentligträttsligt myndighetsbeslut hindrar köparen från att utnyttja sin rättighet. Det är inte i själva varan, som felet ligger. Rådighetsinskränkningar kan i regel inte säljaren eller köparen påverka. Ett rådighetsfel går normalt sett inte att avhjälpa. Exempel på detta är, att den nye restaurangägaren inte ges utskänkningstillstånd eller att tillstånd saknas för att bedriva en viss verksamhet i lokalen. Kategorin rådighetsfel finns inte med i köplagen utan brukar hänföras till 17 § 2 st och 3 st. KöpL. Vid rådighetsfel kan reglerna om faktiska fel tolkas analogt, men de är inte alltid tillämpliga, eftersom de båda felkategorierna är olika till sin natur. Det är osäkert om köplagens regler om köparens undersöknings- och reklamationsplikt gäller vid rådighetsfel.¹¹²

Det finns två situationer vid licensiering, som möjligtvis skulle kunna anses vara rådighetsfel. Den ena är när en varumärkesregistrering hävs av domstol eller PRV efter avtalets ingående. Grunder för hävning kan vara att det råder förväxlingsrisk mellan två varumärken eller att ett varumärke saknar särskiljningsförmåga, enligt 25 § VML. Den andra situationen är, om användningen av varumärket anses vara vilseledande och förbjuds vid vite av domstol att användas, enligt 8 § MFL och 25 § VML.

3.6.1.7 Köplagen och immaterialrättsliga fel i varan

Ett immaterialrättsligt fel innebär, att varan inte går att använda, eftersom varan gör intrång i en tredje mans immaterialrätt. Merchandisingprodukten kan begå intrång i en tredje mans varumärkesrättighet. Om den ursprungliga rättigheten begår intrång, kan även merchandisingprodukterna begå intrång. Den svenska köplagen har ingen speciell reglering vad det gäller immaterialrättsliga fel. Propositionen hänvisar till att allmänna regler ska tillämpas i bedömningen i dessa situationer. Det har lett till att det i doktrinen råder osäkerhet om vad lagstiftaren syftar på. Rättsläget är mycket oklart men troligen kan 17 § KöpL användas vid immaterialrättsliga fel.¹¹³

I CISG finns en reglering av immateriella fel i art 42. Licensiering omfattas inte av CISG och det gör inte heller köp av rättigheter. Det ställer till problem för den som vill använda CISG för analoga tolkningar vid immaterialrättsliga fel i Sverige. Viktigt att notera är att art. 42 CISG gäller vid handel med icke nordiska länder enligt 2 § Lag (1987:822) om internationella köp.¹¹⁴

¹¹¹ Prop. 1988/89: 76, *Om en ny köplag*, s. 141.

¹¹² Lehrberg Bertil, *Köprätt*, andra upplagan, Stockholm, 1996, s. 42, 91; Ramberg, s. 78.

¹¹³ Prop.1988/89:76, s. 141.

¹¹⁴ SFS (1987:822) Lag om Internationella köp, bilaga, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods; Article 42:

3.6.1.8 Går det att tillämpa köplagens påföljdsystem vid fel i immaterialrätten?

I 30 § KöpL räknas de påföljder upp, som köparen får göra gällande, om varan är felaktig. Enligt Ramberg är det oklart om 30 § KöpL även gäller för immateriella fel och rådighetsfel. Det beror på, att lagstiftaren i propositionen till köplagen bara angav, att den gäller för faktiska fel och att immaterialrättsliga fel och rådighetsfel lämnades utanför regleringen.¹¹⁵

För att en köpare/licenstagare ska kunna göra köplagens påföljdssystem, enligt 31 § 1st. KöpL gällande, måste han undersöka varan så snart som möjligt. Det går dock inte att undersöka en immateriell rättighet rent fysiskt även om det går att undersöka om själva varumärkesregistreringen är giltig. De fel, som kan drabba en immaterialrätt går inte alltid att upptäcka. De visar sig i ett senare skede. Det går med andra ord inte att uppfylla köplagens krav på undersökning i alla situationer.

Reklamationskravet i 32 § 1 st. är inte heller helt oproblematiskt. I paragrafen framhålls, att köparen inte får åberopa att varan är felaktig, om han inte lämnar säljaren meddelande om felet inom skälig tid efter det att han märkt eller borde ha märkt felet. Reklamationsplikten gäller då från den tiden felet visade sig. Att kräva att licenstagaren hör av sig till licensgivaren vid fel kan vara ett rimligt krav. Tvåårsfristen i 32 § 2 st. KöpL kan vara problematisk. Om köparen inte reklamerar inom två år från det att han har tagit emot varan, förlorar han rätten att åberopa felet. Undantaget är om inte annat följer av en garanti eller liknande utfästelse. Vid licenser måste det avses, att licensobjektet måste hålla avtalstiden ut och inte bara i två år. En immaterialrätt, som hyrs en längre period än två år, måste hålla under hela avtalstiden. Det ligger i avtalets natur. För att reklamationsreglerna och därmed även påföljdssystemet ska kunna användas, måste tvåårsregeln ignoreras helt.

Köparen av en vara kan göra gällande flera olika påföljder enligt 30 § KöpL;

- avhjälpande av felet eller omleverans 34-37 §§
- prisavdrag 37§ - 38 §§

(1) The seller must deliver goods which are free from any right or claim of a third party based in industrial property or other intellectual property, of which at the time of the conclusion of the contract the seller knew or could not have been unaware, provided that the right or claim is based in industrial property or other intellectual property:

- (a) Under the law of the State where the goods will be resold or otherwise used, if it was contemplated by the parties at the time of the conclusion of the contract that the goods would be resold or otherwise used in that State; or
- (b) in any other case, under the law of the State where the buyer has his place of business.

(2) The obligation of the seller under the State where the preceding paragraph does not extend to cases where:

- (a) at the time of the conclusion of the contract the buyer knew or could not have been unaware of the right or claim: or
- (b) the right or claim results from the seller's compliance with technical drawings, designs, formulae or other such specifications furnished by the buyer"

¹¹⁵ Ramberg, s. 377.

hävning av köpet 37-39 §§ 66§
skadestånd 40 §
innehållande av betalning 42 §

Att avhjälpa felet vid ett fel i en immaterialrätt går inte. Det går inte att omleverera en ogiltigförklarad immaterialrätt. Detsamma gäller om avtalsparten inte hade rätt att sluta avtal om immaterialrättens nyttjande eller om rättigheten begår intrång i tredje mans immaterialrätt. Skadestånd enligt 40 § KöpL kan bli aktuellt i de här situationerna.

Frågan är om hävning av licensavtalet ska ske, eller om avtalet kan bestå och om licenstagaren i så fall kan kompenseras ekonomiskt för bristerna genom t.ex. sänkning av royaltyn motsvarande den försämrade vinsten (prisavdrag) eller skadestånd.

Vid en hävningsituation ska prestationerna gå tillbaka. En hävning väcker många frågor om vad som ska ske med de varor, som eventuellt tillverkas och hur återbetalningen ska ske. Parterna har förhoppningsvis avtalat om detta innan. Om felet har den karaktären, att det inte går att lägga licensgivaren till last, anses det, att avtalet förfaller. Vad det innebär är oklart, men royaltyn som licenstagaren har betalat in återbetalas inte.¹¹⁶

Det finns flera problem med att använda sig av köplagens påföljdssystem vid licensieringsavtal för immaterialrätter. Inte minst lagstiftarens begränsning att påföljdssystemet endast gäller för faktiska fel, väcker en del frågetecken om lagens tillämpbarhet. Köplagen måste bitvis tolkas bort för att den ska kunna tillämpas. Det ökar ytterligare osäkerhetsmomentet vid en analog tolkning av lagen. De grundläggande reglerna som hävning, skadestånd och dylika åtgärder är det inga större problem med.

3.6.1.9 Vem bär felansvaret?

För rättsliga fel bär säljaren ett strikt ansvar, eftersom han endast ska sälja varor som han äger/har befogenhet att överlåta. Exempel på rättsliga fel som köparen ansvarar strikt för, är, om det finns fler licenser än säljaren uppgett vid avtalsslutandet. Köparen har enligt lagen en befogad förväntning om att få varan fri från tredje mansanspråk på äganderätt, panträtt, eller annan liknande rätt. Norge har valt att reglera immaterialrättsliga fel ihop med rättsliga fel och därmed har säljaren även strikt ansvar för immaterialrättsliga fel.¹¹⁷

Rättslaget är oklart, när det gäller immateriella fel. Med hänvisning till art 42 CISG, där säljaren endast har ett culpaansvar, skulle köplagen eventuellt kunna tolkas efter denna. Säljaren bär ansvaret enligt art 42, om han borde ha känt till eller kände till förhållandet. Undantaget är, om köparen borde ha känt till eller kände till förhållandena vid avtalsslutandet. Det vill säga

¹¹⁶ Hultmark, s. 700f.

¹¹⁷ Ramberg, s. 446.

köparen står risken för de immaterialrättsliga fel, som säljaren inte kände till. Enligt köplagen har säljaren ett strikt ansvar vid fel. Reglerna i CISG art. 42 om immaterialrättsliga fel är inte medtagna i den svenska köplagen, eftersom lagstiftaren ansåg, att art. 42 var för onyanserad men i princip riktig. Lagstiftaren anser i stället, att allmänna regler ska gälla. Vilka allmänna regler, som lagstiftaren syftar på, är däremot mycket oklart.¹¹⁸

En möjlighet är att använda sig av 17 § 3 st KöpL om köparens befogade förväntningar. Ansvaret faller då på säljaren såvida felet inte beror på köparen eller något förhållande på hans sida, enligt 30 § KöpL. När det gäller övriga fel ansvarar säljaren strikt för att varan motsvarar köparens befogade förväntningar.¹¹⁹

Köparens befogade förväntningar beror på vad som skedde innan avtals slutandet. Om säljaren uttryckligen varnar köparen för att en tredje man kan försöka få rättigheten ogiltigförklarad eller att köparen eventuellt begår intrång i en tredje mans rätt och friskriver sig, kan han knappast hållas ansvarig. En ondtröende köpare kan inte med fog förvänta sig, att immaterialrätten är fri från krav enligt 17 § 3st KöpL. Ytterligare en orsak är, att det kan ha påverkat priset/royaltyn till köparens förmån. Det är då en kalkylerad risk som köparen tar. Vem som bär ansvaret, beror på vad parterna har kommit överens om vid avtals slutandet.¹²⁰

Går inte felbedömningen att läsa ut av avtalet eller genom tolkning av avtalet och det inte heller framgår av avtalet, att parterna avsett att reglera felansvaret i avtalet, träder utfyllande rätt in och blir avtalsinnehåll. Om säljaren/licensgivaren uttryckligen garanterar, att rättigheten är fri från immateriella fel och sådana sedan visar sig, är det att anse som fel enligt 17 § 1 st KöpL. De flesta licensgivare aktar sig nog för att utge sådana garantier.¹²¹

Vad ska säljaren/licensgivaren ansvara för efter avtalets ingående? En möjlighet med ett licensavtal är att se det som en form av en garanti för att det licenstagaren hyr ska fungera under hyresperioden, men frågan är om allt kan anses vara licensgivaren ansvar. Vid rådhetsfel kan säljaren i sådana fall komma att få bära ansvaret för myndighetsbeslut, som kommer efter köpeavtalet. Rådighetsfel i praxis har främst rört utskänkningstillstånd, där köparen inte fått nödvändiga tillstånd. Möjligheten att komma undan ett sådant felansvar för säljaren är enligt Ramberg, att inte anse myndighetsbeslut som köprättsligt fel, om säljaren var i god tro. Detta gäller speciellt om felet beror på köparens egenskaper och förhållanden.¹²²

För en konkurrent kan det vara en lämplig strategi att försöka få en konkurrentens varumärke hävt för att bli av med det och vinna konkurrens fördelar.

¹¹⁸ Ramberg, s. 257-259.

¹¹⁹ Ramberg, s. 446.

¹²⁰ Ramberg, s. 281.

¹²¹ Ramberg, s. 267.

¹²² Ramberg, s. 257.

Ska en god troende licensgivare ansvara för att en tredje man efter avtalslutandet lyckas få rättigheten upphävd? För att tydliggöra problematiken går det att jämföra med ett bilköp. Bilförsäljaren ansvarar inte för att bilköparen klarar av att ta sitt körkort, om det inte var ett speciellt avtalsvillkor för köpet av bilen. Han ansvarar inte heller om biltjuvar efter köpet stjälar bilen, såvida han inte var i ond tro.

En möjlighet är att se felet som ett vanligt fel, eftersom det efter en ogiltighetsförklaring inte finns någon immaterialrätt kvar. Det enda som finns kvar, är en allmän rätt för vem som helst att använda den ogiltiga rättigheten. Vid ”vanliga fel” bär säljaren ansvaret för att felet uppkom enligt köplagen. En rättighet, som inte (längre) existerar, strider troligen mot avtalet och det räcker för att aktualisera felansvaret i 17 § 1 st. KöpL, om inget annat avtalas. Om en rättighet är behäftad med fel enligt ovan, kan den vidare anses avvika från vad köparen med fog kunnat förutsätta, enligt 17 § 3 st. KöpL. Den kan därmed anses vara felaktig och säljaren ansvarar för felet. En invändning är, att en licenstagare aldrig kan förvänta sig att få en rättighet som inte riskerar att bli utsatt för elimineringsförsök. Det är en befogad affärsrisk han tar, om han väljer att licensiera en rättighet och 17 § 3 st. blir inte aktuellt.¹²³

Vad kan en licenstagare förvänta sig av en immaterialrätt när han licensierar den? Det beror på de uppgifter, som säljaren ger honom om andra eventuella licenstagare och ägare av uppgiften. Frågan är, om säljaren ska bära ansvaret för ogiltighet i alla situationer. En ondtroende säljare måste bära sitt ansvar om han vet, att en ogiltighetsprocess riskerar att starta eller redan pågår och inte upplyser köparen. Vad som gäller vid immateriella fel kommer att avgöras genom rättspraxis. En möjlig väg är att tillämpa art. 42 CISG analogt vid ansvarsfrågan. Art 42 CISG avviker visserligen från svensk rättstradition, där säljaren bär hela ansvaret för fel. Samtidigt finns det flera typer av immateriella fel, som ligger utanför det som säljaren/licensgivaren kan påverka till skillnad från köp av vanliga fysiska varor. Att använda sig av köplagens felregler utan att ta hänsyn till CISG kan ge skeva resultat för säljarens/licensgivarens del, när det gäller ansvaret för fel. Inte minst om lagförslaget att ta bort delar av hinderprövningen vid registreringen av varumärken blir verklighet. Ett registrerat märke kommer att då bli sårbarare än vad det är idag.

¹²³ Hultmark, s. 696.

3.7 Konkurrensrättsliga aspekter

Immaterial- och konkurrensrätterna kan vid ett första ögonkast tyckas stå i motsats till varandra, men båda har en samhällsnyttig funktion. Konkurrensrätten kan medföra problem vid kommersiell exploatering av immaterialrätter. Immaterialrättigheten i sig kan inte angripas av konkurrensrätten, men däremot hur den utövas, eftersom vissa avtalstyper är förbjudna enligt 6 § Konkurrenslagen (1993:20) och art 81 EG-fördraget. Är avtalsklausulen ogiltig, följer också att resten av avtalet är ogiltigt. Det gäller dock endast vid mycket stora avtal (se nedan) och vanliga merchandisingavtal borde därför inte vara i farozonen för konkurrensrätten. Skadeståndet är mycket stort i fall ett företag fälls för konkurrensbrott och det är därför viktigt att peka ut några möjliga fällor. Det är i licensieringsavtalet i sig som de största farorna ligger. Vid utseendet av merchandisingagenter i olika länder vid större projekt kan merchandisingavtalen teoretiskt vara i farozonen eftersom det kan ha en marknadsuppdelande effekt.¹²⁴

För att förverkliga EU:s mål om att upprätta en inre marknad ska hindren mellan *medlemsstaterna* som hindrar en fri rörlighet för varor och tjänster avskaffas. Reglerna för fri rörlighet för varor och tjänster och förbud mot medlemstaterna att upprätta hinder finns i art. 28 och 30. Förbud för *företagen* att upprätta handelshinder mellan medlemstaterna ligger utanför det regelverket. Det behandlas inom konkurrensrätten i stället. Den svenska nationella konkurrensrätten bygger på den EG-rättsliga och samma villkor, som gäller inom unionen gäller, även i princip i Sverige. Art. 81, en förbudsbestämmelse, som förbjuder avtal mellan två företag som påverkar konkurrensen i EU, har direkt effekt i Sverige. Enskilda klausuler i ett licensieringsavtal kan betraktas som konkurrensbegränsade och kan vara förbjudna enligt art. 81. Ett avtal får inte ha till syfte eller resultat att konkurrensen på marknaden hindras, begränsas eller snedvrids genom t.ex. priskvotering och kunduppdelning. För att ett avtal ska anses vara konkurrensbegränsande måste den konkurrensbegränsande effekten vara märkbar.¹²⁵

Huvudregeln i art 81.1 är att konkurrensbegränsande överenskommelser är förbjudna och ogiltiga. Konkurrensbegränsningar, som inte har någon märkbar effekt på marknaden, är tillåtna enligt art. 81. I olika gruppundantagsförordningar och beslut har kommissionen definierat, var gränsen går för konkurrensbegränsade avtal. Kommissionen har senare preciserat, vad den normalt anser vara ett s.k. bagatellavtal. För avtal mellan konkurrenter eller potentiella sådana går den övre gränsen för bagatellavtal vid en marknadsandel på 10%. För avtal mellan företag, som inte är konkurrenter, är gränsen 15%.¹²⁶

¹²⁴ Carlsson Kenny, Söderlund Erik, Ulriksson Magnus; *Konkurrenslagen - en kommentar*, Stockholm, 1999, s. 297, 421f.

¹²⁵ http://www.kkv.se/emaindoc/eu_reg.htm (2003-04-03)

¹²⁶ Bernitz Ulf/ Kjellgren Andres, *Europarättens grunder*, andra upplagan, Stockholm 2002, s. 275.

Om avtalet inte är ett bagatellavtal, kan det bli föremål för individuell dispens från reglerna i art 81.1 enligt undantagsreglerna i art 81.3. Kommissionen beviljar dispens. En möjlighet är att utforma avtalet, så att det omfattas av något av de kollektiva gruppundantag, som kommissionen gett ut. För merchandising är främst kommissionens förordning om vertikala avtal (avtal inom tillverknings- och distributionskedjan) aktuell. Huvudregeln för vertikala avtal är, att de anses vara positiva för konkurrensen. Undantaget är om leverantörens marknadsandel överstiger 30%. I sådana fall anses avtalet vara konkurrensbegränsande enligt art. 81.1. Vertikala avtal, där överlåtelser av en immaterialrättighet inte är huvudsyftet, är undantagna från art 81.1 enligt, art. 2, 3 p. gruppundantagsförordningen. För att avtal, som omfattas av gruppundantag ska vara lagliga, får de inte innehålla några förbjudna klausuler från de sk. svarta listorna i slutet av gruppundantagsförordningarna. Typexemplet på förbjudna klausuler enligt de svarta listorna är klausuler, som är pris- och marknadsuppdelande. De är absolut förbjudna oberoende av marknadsnivåer. Avtal, som är undantagna enligt gruppundantagsförordningarna, behöver inte anmälas till kommissionen. Licensieringsavtal av immaterialrättigheter är inte generellt undantagna. Merchandisingavtal, som kan strida mot art. 81, måste därför anmälas till kommissionen.¹²⁷

I den svenska konkurrenslagen, som i följer den EG-rättsliga, motsvarar 6 § KL art 81 i EG-fördraget. Kravet för att avtalet ska vara ett s.k. bagatellavtal i svensk rätt är att företagen tillsammans bara får ha en marknadsandel på högst 10 % vid horisontella avtal (avtal mellan företag) och 15 § vid vertikala avtal (avtal inom tillverknings och distributionskedjan). Företagen får inte heller var för sig ha en total årsomsättning som överstiger 30 milj.¹²⁸

Ett exempel på avtal med klausuler som kommissionen fann konkurrenshindrande är UNITEL-fallet, som rör personality merchandising. Radiotelevisione Italiana (RAI) planerade att sända en galaföreställning av Verdis "Don Carlos" i direktsändning över hela världen för att markera operahuset La Scalas 200-årsjublium. Sändningen ägde aldrig rum eftersom UNITEL (Film- und Fernseh-produktiongesellschaft mbH & CO) kom med invändningar mot att fyra av de ledande La Scala-sångarna skulle delta. De fyra sångarna hade tidigare sjungit don Carlos i en uppsättning i Salzburg och i samband med Salzburguppsättningen skrivit på ett exklusivt kontrakt, att de aldrig skulle uppträda i en film eller TV-producerad uppsättning av Don Carlos som inte var auktoriserad av UNITEL. RAI vände sig till kommissionen som i sin tur ville ha svar på ett par frågor från UNITEL. UNITEL vägrade svara på frågorna med bl.a. skälen, att artisterna inte var att jämföra med företag i art 85 (nu 81) och kontrakten inte påverkade handeln mellan länderna. Kommissionen ansåg att artister var att anse som fö-

¹²⁷ Bernitz/Kjellgren, s. 274f.; 69/2001 EG, EGT L 010, 13/01/2001 s.0030-0032; 2001/C3/02, EGT C 003, 06/01/2001 s. 0002-0030 (Horisontella samarbetsavtal); 2790/1999 EG, EGT 1999, L 336/21. s. 0280 (Vertikala samarbetsavtal)

¹²⁸ KKVFS 1999:1, Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20)

retagare, när de kommersiellt exploaterade sina artistiska framträdanden. Okända artister påverkade knappast konkurrensen i Europa, men om det är fråga om stora välkända artister som hindras kan konkurrensen begränsas märkbart. Kommissionen kommenterade UNITEL:s påstående att det inte skett någon märkbar skada på följande sätt:

In the present case, the agreements prevented a world-wide broadcast from La Scala by RAI. The effects could scarcely have been greater.¹²⁹

Kommissionen konstaterade också att de exklusiva avtalen hindrade sångarna från att uppträda i de övriga medlemsländerna och att det kunde påverka handeln mellan länder. Slutsatsen är att personer som kommersiellt exploaterar sina talanger är "företag" enligt art 81. Konsekvensen är att licensavtal kan vara konkurrensbegränsande och omfattas av art. 81.¹³⁰

I regel omfattas inte merchandisingavtal av de krav som ställs upp för att ett avtal ska anses vara konkurrensbegränsande. Avtalen är i regel s.k. bagatellavtal. Stora internationella projekt och flera avtal tillsammans i ett nätverk kan vara i farozonen för att omfattas av konkurrensrätten. Ett exempel på ett sådant stort projekt är UEFA:s försäljning av de kommersiella rättigheterna kring fotbollstävlingen "UEFA Champions League". UEFA anmälde sina regler kring försäljningen av de kommersiella rättigheterna till kommissionen i början av 1999. De kommersiella rättigheterna omfattar medierättigheter, sponsoravtal, leverantörsavtal, produktavtal och immateriella rättigheter. UEFA:s första förslag, som innebar att de sålde rättigheterna till ett programföretag för flera år framöver, godkändes inte av kommissionen. UEFA fick lämna in ett nytt förslag, där de begränsade de exklusiva rättigheterna genom att istället sälja dem paketvis. Kommissionen kom fram till, att UEFA:s gemensamma försäljningsarrangemang gynnar konsumenterna, eftersom det ger dem ligainspirerade produkter från en alleuropeisk fotbollsturnering. Det gemensamma försäljningsarrangemanget gav även en bättre produktion och distribution av produkterna. Kommissionen fann också att UEFA:s gemensamma försäljningsarrangemang för sponsoravtal, leverantörer och immateriella rättigheter inte stred mot art 81.1 i fördraget.¹³¹

Som ovan nämnts kan licensavtal uppdelas i enkla och exklusiva licenser. Ur konkurrenssynpunkt är det inga bekymmer med de enkla licenserna. De exklusiva licenserna kan däremot vara konkurrenshindrande och därmed förbjudna. De öppna exklusiva licenserna behandlar bara förhållandet mellan licenstagaren och givaren. Förhållandet till andra parter regleras inte. Licensgivaren förbehåller sig dock att inte medge fler licenser till andra. Den slutna exklusiva licensen är mer bekymmersam eftersom den kan reglera hur parterna ska agera mot eventuella konkurrenter vid t.ex. parallellimport. En sådant områdesuppdelning och exklusivitet är en form av absolut områdesskydd och är definitivt absolut förbjuden inom EU, efter-

¹²⁹ 78/516/EEC; Official Journal L 157, 15/06/1978 p. 0040.

¹³⁰ 78/516/EEC; Official Journal L 157, 15/06/1978 p. 0039-0041.

¹³¹ 2003/778/EG; EGT L 291, 8/011/2003 s. 0025-0055.

som det motverkar den fria rörligheten. Eftersom följderna är stora vid brott mot konkurrensrätten, är det viktigt, att vid minsta misstanke undersöka om avtalen kan anses vara konkurrenshämmande och i sådana fall ansöka om undantag hos kommissionen. Slutfrågan vid avtalsskrivandet är vilken ekonomisk effekt licensieringsavtalet får på marknaden?¹³²

3.8 Sakrättsliga konflikter

Immaterialrätter tillhör den sakrättsliga kategorin lös egendom. Till lös egendom räknas även pant- och nyttjanderätter till immaterialrättigheter, som medför mer begränsad rätt till immaterialrättigheten. Varje enskilt avtal måste granskas för att se om det är ett överlåtelse- eller nyttjanderätts- (licens)avtal, eftersom det inte alltid klart framkommer, vilken avtalsform som parterna har syftat på.¹³³

För att en överlåtelse av en lös egendom ska anses vara fullbordad krävs det ett sakrättsligt moment som tradition, denuntiation eller registrering. Dessa sakrättsliga moment går dock inte att använda vid överlåtelse av immaterialrätter. Rent fysiskt finns det inget som kan representera immaterialrätten och det finns ingen i gäldenärens ställe, som vid en enkel fordran, som måste denuntieras. Rättsläget är osäkert och prejudikat saknas, men än så länge räcker det troligtvis med ett avtal för att överföra äganderätten för immaterialrättigheter.¹³⁴

Varumärkesöverlåtelser och licenser kan frivilligt antecknas i varumärkesregistret, men det är inget krav för att de ska vara giltiga mot tredje man enligt, 33 § 2st och 34 § 3st VML. Undantaget är EG-varumärkena, där överlåtelser och licenser måste registreras för att bli giltiga mot tredje man. Överlåtelserna måste vara i skriftlig form och undertecknad av parterna.¹³⁵

Immaterialrätter anses allmänt inte kunna godtroförvärvas med extinktionsverkan mot den ursprungliga ägaren. Regler saknas med undantag för en speciell regel i 98 § Patentlagen (1967:937), som utesluter godtroförvärv till panträtt i patent. Förvärvaren av en immaterialrätt måste därför själv undersöka fångeskedjan bakåt för att försäkra sig om att ingen överlåtelse är ogiltig och att han avtalar med den rätte ägaren. ”Okända” licensavtal, som kommer fram efter avtalsslutandet kan vara en konfliktkälla speciellt om de begränsar licenstagarens möjlighet att utnyttja licensen och minskar hans ekonomiska utbyte.¹³⁶

¹³² Tritton Guy; *Intellectual Property in Europe*, London 1996, s. 441, 450ff.

¹³³ Håstad Torgny; *Sakrätt avseende lös egendom*, Sjätte omarbetade upplagan, Stockholm, 1996, s. 41.

¹³⁴ Håstad; 1996, s. 266.

¹³⁵ EEG 40/94 art. 17-24; Håstad, 1996, s. 266; Millqvist Göran; *Sakrättens grunder*, Stockholm, 2000, s.117f.

¹³⁶ Håstad, 1996, s. 77.

Licenstagaren till en varumärkesrätt har visst skydd mot en panthavare, enligt 34 h-j §§ VML. Om licensavtalet slöts innan pantsättningen registrerades består licensavtalet mot panthavaren. Om panthavaren senare säljer sin panträtt består licensavtalet mot den nya borgenären. Detsamma gäller om panträtten till ett varumärke säljs vid en utmätning eller konkurs. Ur detta har antagits i doktrinen att skyddet mot panthavare även ska gälla mot andra borgenärer och singulärsuccessorer. Det gör, att en ny ägare av ett varumärke, inte kan komma och häva ett gammalt licensavtal. Det är ett undantag från principen, att nyttjanderätt inte ger sakrättsligt skydd.

Företagsköp och fusioner kan leda till att varumärket läggs i malpåse eller säljs vidare om det inte passar in i den nya strukturen. För en licenstagare gäller det, att vara medveten om möjligheten, att dessa företagshändelser kan ske och skydda sig mot det i licensavtalet. Om licensen överlever den här företagsaffären förlorar licenstagaren stöd i marknadsföringen som det gemensamma merchandising projektet skulle ha inneburit och kan skadas av nedläggningen av produkten om marknaden ser negativt på produkten. De synergieffekter, som gemensam marknadsföring kunde ha medfört, försvinner och kan leda till minskad lönsamhet för licenstagaren. Nyttjanderättnnehavaren kan inte överlåta sin nyttjanderättigheten vidare, vilket kan vara lockande i den här situationen, såvida annat inte har avtalats, enligt 34 § 4 st. VML.¹³⁷

¹³⁷ Håstad Torgny; *Supplement, februari 1999, till Sakrätt avseende lös egendom*, Sjätte omarbetade upplagan, Stockholm, 1999, s. 14; Millqvist; s.117f.

4 Analys

Vid en snabb överblick verkar varumärkesrätten ge ett bättre skydd än upphovsrätten. Varumärkesskyddet varar så länge innehavaren önskar det till skillnad från skydd enligt upphovsrätten. Rättigheten kan mycket väl vara ekonomiskt slut innan skyddstiden är slut. Upphovsrättens tidsbegränsning på sjuttio år efter upphovsmannens död kan vara ett hinder vid de immateriella rättigheter, som har en mycket lång ekonomisk livslängd. Sjuttio år, vilket är det tidsmässiga miniskyddet upphovsrättslagen ger ett verk, är en lång tid, att inarbeta ett nytt varumärke på. Upphovsrätt är gratis till skillnad från registrering av varumärke. Inom varumärkesrätten finns också möjlighet att söka internationellt skydd direkt och därmed slippa bedömningen i varje land om den kommersiella bearbetningen, uppfyller kraven för att omfattas av upphovsrätten. Vid fråga till Mårten Rudolfsson på Pluslicens framkom, att de hade registrerat de verkligt stora objekten som varumärken. De mindre skyddades endast av upphovsrätten. De slapp besväret med förnyelser av registreringen liksom de kostnader som varumärkesregistreringar innebär.¹³⁸

Skyddet mot plagiat är olika för upphovsrätten respektive varumärkesrätten. Upphovsrättens formlära gör, att det kan vara svårt att direkt avgöra om det är fråga om ett plagiat eller ett verk i fri anslutning. Vid varumärkesskydd är det enklare att avgöra förväxlingsrisken. Varumärkesrätten kan ge ett starkare utseendeskydd än upphovsrätten, eftersom det kan vara svårt att argumentera kring verkens inre och yttre form. Varumärken är förväxlingsbara, när de liknar varandra eller är identiskt lika och det samtidigt rör varor av samma eller liknande slag. Varumärkesrätten laborerar i sin tur främst med: särskiljningsförmåga, samma målgrupp bland konsumenterna, likhet i tal och skrift. Är likheten uppenbar ger varumärkesrätten ett klarare skydd, men vid svårare plagiatfall kan upphovsrätten vara ett alternativ. Namnet och utseendet spelar ingen roll, som vid varumärkesrätten. I Bosse Bus-fallet hade det räckt med att den inre formen stämt överens för att det skulle vara fråga om upphovsintrång. Det var upphovsrättsmannens personliga innehåll av verket som bedömdes. Upphovsrätten tar inte heller hänsyn till olika varuklasser och målgrupper. Den ger ett otydligare skydd på gott och ont. Marknadsföringslagen erbjuder ett skydd mot direkta plagiat genom förbudet mot slaviska efterbildningar i 8 § MFL. Nackdelen med 8 § MFL är, att företaget måste faktiskt visa på, att konsumenter vilseleds och kan tänka sig att förväxla de båda produkternas tillverkare. Det är lättare att påvisa ett varumärkesrättsligt eller upphovsrättsligt intrång. De olika lagarna kompletterar varandra.

Den ideella rätten innebär, att upphovsmannen slipper se sina verk i situationer, som han inte vill. Rätten att bli namngiven samt förbudet att ändra verket till men för upphovsmannens ideella rätt är de rättigheter, som upphovs-

¹³⁸ Samtal med Mårten Rudolfsson Bull, den 14 maj 2003.

mannen har kvar efter överlåtelse och licensiering. Klassikerskyddet ger allmänheten rätt att slippa se nationalklenoder, där upphovsrätten gått ut, i samband som förringar verket. I det norska Skriet-fallet försökte rättsinnehavaren använda sig av klassikerskyddet. Rättighetsinnehavarens egna agerande hade dock förminskat skyddsvärdet på föremålet. Merchandising är urtypen för en företeelse som klassikerskyddet skulle kunna skydda allmänheten mot. Dagens allmänhet får dock anses tåla det mesta. Klassikerskyddet kan anses vara obsolet, men möjligheten är att det kan tillämpas, eftersom lagregeln faktiskt finns kvar.

För immaterialrättens regler om intrång ska vara användbara måste det finnas ett mått av identitet mellan merchandisingprodukten och den ursprungliga upphovsrätten eller varumärkesrättigheten. I upphovsrätten laboreras det med begreppen inre och yttre form medan det i varumärkesrätten krävs en viss identitet mellan varumärkena vid en förväxlingsbedömning för att de ska betraktas lika. Det är därför viktigt, att produkterna har en gemensam identitetskärna, som syns tydligt. För den, som blir stämd för intrång i upphovsrätt, kan det ibland vara svårt att hävda parodi, inte minst om humorn saknas. Om inte produkterna är identiskt lika, kan ett alternativ vara att försöka visa på att identiteten mellan produkterna inte finns och därmed inget intrång har skett. Fallet med Sveriges Radio och den uppblåsta Skrietdockan visar, att det faktiskt går att få skydd för merchandisingprodukter i Sverige. Marknadsföringslagen ger å andra sidan skydd för koncept, som kan användas för merchandising, genom sina regler för renommésnyltning. Marknadsföringsdomstolen har visat en bred syn på vad som kan vara bärare av renommé genom att den bl.a. har ansett att TV-program och reklamfilmkaraktärer kan vara renommébärare. Det krävs inte att det är en produkt med mindre välkänt renommé som snyltar på en produkt vars renommé är mer välkänt. Det var uppenbart, att Marknadsdomstolens krav på anknytning var uppfyllt i de tre tidigare refererade fallen, inte minst som motparterna i Estline- och Robinson-målet först försökt att få tillstånd för sina kampanjer, men inte fått det.

Skyddet för varumärkesrätten gäller endast i kommersiella sammanhang, vilket kan vara en allvarlig inskränkning jämfört med upphovsrätten. Icke kommersiell användning kan vara annonsering mot produkterna och varumärket av ideella organisationer, som har ett icke kommersiellt syfte. Exempel på en sådan annons är Non Smoking Generations annons; ”Välkommen till Marlboroland”, tillsammans med en bild på en kyrkogård. Död och kyrkogårdar torde vara det sista som tobaksbolagen vill att deras produkter ska associeras med. Deras sortiment av merchandisingprodukter hänvisar snarare till en sportig fritid med jeans, klockor och kängor. Upphovsrättsmässigt finns inte den här begränsningen. De stora inskränkningarna är enskilt bruk och den ideella rätten i upphovslagen.

Varumärkeslagen och upphovsrättslagen kompletterar varandra. I de fall, där det är möjligt att skydda sina karaktärer och det är ekonomiskt försvarbart är det lämpligt att använda båda skyddsformerna. Upphovsrätten ger automatiskt ett starkare skydd för den ”inre formen”, medan

varumärkesrätten istället ger ett tydligare skydd för utseendet. Marknadsföringslagen är ett bra komplement till immaterialrätten, speciellt om produkterna saknar immaterialrättsligt skydd.

Följdfrågan är, vad som ska ske med upphävda licenser och vem som ska stå för risken. Den grundliga undersökningen i dag fungerar i praktiken som en garanti för att varumärket inte begår intrång i tredje mans rättighet eller kan komma att ogiltigförklaras. Genom undersökningen i dag minskar risken för att det ska registreras varumärken, som begår intrång i andras immateriellt skyddade rättigheter. Kostnaden för att bevaka sina rättigheter ökar för innehavaren av varumärket. Om det blir fler tvister, kommer det som sparas in hos PRV istället som utgifter i domstolssystemet. Undersökningen kommer istället att få ske i privat regi innan en varumärkesansökan lämnas in. Risken för licenstagaren ökar annars, eftersom det inte går att godtrosvärva nyttjanderätt till immaterialrätt. Kostnaderna för skadestånd, förlorade pengar på produktframtagning och marknadsföring kan bli avskräckande stora, om risken finns, att varumärkesregistreringen hävs efter ett invändningsförfarande och tvist i domstol. Licensiering av nya varumärken kommer att bli riskablare.

Det engelska ordet merchandising kan på svenska syfta på två saker, dels marknadsföring av varor, men också handel med varor. Den dubbla betydelsen sammanfattar fenomenet bra. Den kan användas som ett sätt att marknadsföra varor eller att ekonomiskt exploatera en immaterialrätt ytterligare. Lagarna är däremot dåligt anpassade för merchandising. Upphovsrätten var ursprungligen till för att skydda den enskilde upphovsmannen, som fött fram ett verk men inte verk, som är skapade direkt för masskonsumtion. Både upphovsrättslagen och varumärkeslagen konstaterar endast att licensiering är tillåten av rättigheterna.

Varumärkeslagen och upphovsrättslagen reglerar inte vilka regler som ska användas vid tvister om licensavtal. Den enda immaterialrättsliga hänvisning som finns är specifikationsgrundsatsen, som är okodifierad i Sverige. Vid en avtalstvist ska tvisten i första hand avgöras enligt avtalet. Om inte avtalet ger något svar är frågeställningen, om avtalslagen eller köplagen kan tillämpas. Köplagen är dispositiv enligt 3 § och även där ska vad parterna avtalat beaktas i första hand. I andra hand ska praxis, sedvana eller handelsbruk beaktas. Nackdelen med köplagen är, att den måste tolkas analogt och att den är mycket dåligt avpassad för licensavtal som är tidsbegränsade och där royaltysumman betalas löpande. Dessutom måste stora delar av köplagen tolkas bort innan den går att använda. Att licensgivaren ska ha ansvar för alla fel, som är köprättsliga, passar inte alltid med immaterialrätten, eftersom säljaren inte alltid kan ha samma kontroll över rättigheten som vid fysiska föremål. Avtalslagens regler med undantag för rena förklaringsmisstag enligt 32 §, avtal som strider mot tro och heder enligt, 33 § och oskäligen avtal, enligt 36 § AvtL är så pass snäva, att det i princip krävs, att det skett ett brott vid avtalsskrivandet. 36 § AvtL är starkt skälighetsinriktad och är främst inriktad på situationer, där en av parterna är i underlägsen ställning. Typexemplet är rättsfallet med den livegna

konstnären. Licensiering kan även ske mellan två kommersiella jämbördiga näringsidkare och då är en skälighetsbedömning inte rimlig.

Om inte tolkningen av merchandisingavtalet ger något resultat, det inte finns praxis, handelsbruk eller sedvänja och inte heller köplagen respektive avtalslagen är tillämpliga, får olika rättsregler tas till. Exempel på detta är specifikationsgrundsatsen och förutsättningsläran. Immaterialrätten ger ett skydd även för bearbetningarna och det är även väl reglerat vad som ska ske vid en intrångssituation utanför avtalet. Vad som ska ske vid en avtalstvist mellan parterna är svårare att avgöra, eftersom de lagar som finns inte är avpassade för detta. Om ena avtalsparten går utanför sina rättigheter finns alltid möjligheten att stämma honom för intrång i rättigheten, som det bl.a. är reglerat i 53 § URL och 43 § VML. Vid en tvist är det lättast att försöka lösa den internt, innan någon avtalskunnig person inkallas för att lösa den. Syftet är inte att få avtalet ogiltigförklarat i första hand utan att få till stånd en rimlig lösning för alla parter, så att avtalet antingen kan fullgöras och affärskontakten fortsätta eller avbrytas på ett för parterna rimligt sätt.

Merchandising kan samtidigt vara en ren marknadsföringsmetod. Syftet är då att låta de olika varorna gemensamt göra reklam för varandra. Genom varor går det att försöka förmedla en bild av vad producenten vill med produkterna. Det är intressant, att Marknadsföringsdomstolen anser att företagare kan bygga upp en extra goodwill kring sina produkter, samt att produkterna kan få ett extra uppmärksamhetsvärde. Ett väl genomfört merchandisingprogram kan stärka immaterialrättens värde. Motsatsen kan ske vid dåligt genomförda licensieringsprogram. Att licensiera ut en rättighet är ett risktagande. Det finns flera viktiga ekonomiska och strategiska avgöranden, som är aktuella vid slutandet av avtal om merchandising. Det finns många fördelar med att licensiera, eftersom det kan vara en genväg för licenstagaren att få sina produkter att skilja ut sig från de andra konkurrenternas. Samtidigt måste det vara ekonomiskt försvarbart eftersom en rättighet enbart är värd så mycket pengar, som den faktiskt drar in. Det gäller att hitta de faktorer, som påverkar den ekonomiska lönsamheten och försöka identifiera den svagaste faktorn för att identifiera den ekonomiska livslängden. En licenstagare kan bli låst vid ekonomiska felsatsningar och bör vara noggrann med att undersöka ägandekedjan bakåt, eftersom det inte går att godtrosvärva en immaterialrätt eller en nyttjanderätt till den.

Konkurrensrättigheten innebär inga större problem vid avtalsslutandet. Avtalsskrivarna måste vara försiktiga vid skrivandet av s.k. slutna exklusiva klausuler eftersom de kan vara marknadsuppdelande och konkurrenshämmande. Avtalen är dock sällan av den storleken att de kan snedvrیدا konkurrensen. Försiktighet krävs. Inte minst visar UEFA-fallet det.

Litteraturförteckning

Källor

Opublicerade källor

Telefonsamtal med Malin Bonthron på justitiedepartementet, den 5 mars 2003.

Telefonsamtal med Erika Wänelöf BUS och Dag Wetterberg ALIS den 1 april 2003.

Telefonsamtal med Mårten Rudolfsson Bull och Jenny Ström Pluslicens den 14 maj 2003.

Offentligtryck

SFS 1904:48 Lag om samäganderätt

SFS 1915:218 Avtalslagen

SFS 1960:644 Varumärkeslag

SFS 1960:729 Upphovsrättslagen

SFS 1967:837 Patentlag

SFS 1982:670 Namnlag

SFS 1987:822 Lag om Internationella köp

SFS 1990:931 Köplagen

SFS 1993:20 Konkurrenslag

SFS 1993:581 Tobakslagen

Varumärkesförordning (1960:648)

KKVFS 1999:1, Konkurrensverkets allmänna råd om avtal av mindre betydelse (bagatellavtal) som inte omfattas av förbudet i 6 § konkurrenslagen (1993:20)

SOU 1956:25 Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk

SOU 1958:10 Förslag till varumärkeslag

SOU 2001:26 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen

Prop. 1969:169 Pariskonventionen - Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883 révisée à Stockholm le 14 juillet 1967

Prop. 1973:15; Bernkonventionen - Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques;

Prop. 1988/89: 76 Om en ny köplag

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

Prop. 1994/95:35 Agreement on Trademark Related Aspects of Intellectual Property Rights "TRIPS"

Prop. 2001/02:64 Vissa tobaksfrågor

Ds 2003:35 Upphovsrätten i informationssamhället - genomförande av direktivet 2001/29 EG mm

Direktiv 91/250/EEG om rättsligt skydd för dataprogram; EGT L 122 12.05.1991

Rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 dec. 1993 om gemenskapsvarumärken; EGT nr. L 011 14/01/1994 s. 0001-0036.

Europaparlamentets och rådets direktiv 98/43/EG om reklam för och sponsring för tobaksvaror, EGT L 213, 30.07.1998, s. 0012. (Ogiltigförklarat av EG-domstolen den 5 oktober 2000)

Gruppundantag för vertikala samarbetsavtal, 2790/1999 EG, EGT nr 1999, L 336/21. s. 0280

Direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället; EGT nr L 176, 22/06/2001 s. 0010-0019.

Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt art 81.1 i fördraget (de minimis), 69/2001 EG, EGT nr L 010, 13/01/2001 s. 0030-0032

Riktlinjer för tillämpningen av artikel 81 i EG-fördraget på horisontella samarbetsavtal, 2001/C3/02, EGT nr C 003, 06/01/2001 s. 0002-0030

Litteratur

Adams John: Merchandising Intellectual Property, London, 1987.

Bernitz Ulf; Standardavtalsrätt, upplaga 6.5, Stockholm 2003.

Bernitz Ulf, Karnell Gunnar, Pehrson Lars, Sandgren Claes: Immaterialrätt, sjätte omarbetade upplagan, Stockholm 1998.

Bernitz Ulf, Kjellgren Andres, Europarättens grunder, andra upplagan, Stockholm 2002.

Carlsson Kenny, Söderlund Erik, Ulriksson Magnus; Konkurrenslagen - en kommentar, Stockholm, 1999.

Gozzo Giovanni; Företagens immaterialrätter och licensavtal, Eskilstuna, 1998.

Hellner Jan, Ramberg Jan; Speciell avtalsrätt I. Köprätt, andra upplagan, Stockholm, 1991.

Håstad Torgny; Den nya köprätten, femte upplagan, Uppsala, 2003.

Håstad Torgny: Sakrätt avseende lös egendom, Sjätte omarbetade upplagan, Stockholm, 1996.

Håstad Torgny: Supplement, februari 1999, till Sakrätt avseende lös egendom, Sjätte omarbetade upplagan, Stockholm, 1999.

Jeremiah Joanna R; Merchandising Intellectual Property Rights, England, 1997.

Johnson Gerry, Scholes Kevan; Exploring Corporate Strategy, Fifth Edition, Storbritannien, 1999.

Koktvedgaard Mogens, Levin Marianne; Lärobok i Immaterialrätt, Sjätte upplagan, Stockholm, 2000.

Kotler Philip, Armstrong Gary, Saunders John, Wong Veronica; Principles of Marketing, The European Edition, UK, 1996.

Levin Marianne, Nordell Per Jonas (red); Handel med immaterialrätter, Stockholm, 1996.

Lehrberg Bertil; Köprätt, andra upplagan, Stockholm, 1996.

Lindberg Agne; Westman Daniel; Praktisk IT-rätt, upplaga 2:3, Stockholm, 2000.

Melin Frans; Varumärkesstrategi om konsten att utveckla starka varumärken, Malmö, 1999.

Millqvist Göran: Sakrättens grunder, Stockholm, 2000.

Nordell Per Jonas: Rätten till det visuella, Stockholm, 1997.

Nordell Per Jonas; Marknadsrätten - En introduktion, Upplaga 1:1, Stockholm 2002.

Nordell Per Jonas; Marknadsrätten goodwillskydd, Stockholm, 2003.

Nordström Ulf: Licensavtalet, utgåva 5, Stockholm, 1991.

Olsson Henry; Upphovsrättslagstiftningen. En kommentar, Upplaga 1.1, Stockholm, 1996.

Ramberg Jan; Köplagen; upplaga 1:1, Göteborg, 1995.

Ramberg Jan, Hultmark Christina, Allmän avtalsrätt, 4.e väsentligen omarbetade upplagan, Stockholm 1996.

Rosén Jan; Upphovsrättenavtal, andra upplagan, Stockholm, 1998.

Simensky Melvin, Bryer Lanning, Wilkof Neil J.; Intellectual Property in the Global Marketplace, Volume One, Second Edition, USA, 1999.

Smith, Gordon V., Parr, Russel L.; Intellectual Property Licensing and Joint Venture Profit Strategies, Second Edition, USA, 1998.

Svensson Carl Anders; Den svenska marknadsföringslagstiftningen, elfte upplagan, Sverige, 2001.

Tritton Guy; Intellectual Property in Europe, London 1996.

Tidningar

Hultmark Christina; Köplagens tillämplighet på fel i patent, JT 1993/94, s. 687-701.

Ruijsenaars Heijo E.; The WIPO Report on Character Merchandising, IIC nr 4/94 s. 536f.

Sahlin Susanne; Merchandising och Mumin - några juridiska aspekter, Brands News nr. 4/94, s. 18f.

Internet länkar

Konkurrensverkets hemsida:

http://www.kkv.se/emaindoc/eu_reg.htm (2003-04-03)

PRV:s hemsida:

http://www.prv.se/varumärke/pansattning_licens_licens.html (2003-04-02)

Pluslicenshemsida:

<http://www.pluslicens.se/svensk.html> (2003-05-07)

Rättsfallsförteckning

Marknadsdomstolen

MD 1999:21 (Robinson)

MD 2001:15 (Estline)

MD 2002:17 (Gladiatorerna)

Tingsrätt

Stockholms tingsrätts dom den 6 mars 1990 (Dennis och Bosse Bus) (NIR 1999 s. 251)

HovR

Svea Hovrätt 80-12-19, (BUDGET)

Svea Hovrätt 97-11-28, mål nr T-1534/96 (NIR 1999 s. 248-252)

Svea Hovrätt 89-04-24, (NIR 1989 s. 394)

HD

NJA 1936 s. 368

NJA 1938 s. 497

NJA 1979 s. 731

NJA 1983 s. 385

NJA 1985 s. 178

EG-rättslig praxis

78/516/EEC; Official Journal L nr. 157, 15/06/1978 p. 0039-0041.
(UNITEL)

2003/778/EG; EGT L nr. 291, 8/11/2003 s. 0025-0055. (UEFA)
16/ 07/1998 C-355/96 (Siloettemålet)

Fra norsk rettspraxis

”Skriet”, (NIR 1999 s. 245)