



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Caroline Andersson

Identitetsskydd för näringsverksamhet
– Närmare om några rättsliga möjligheter för näringsidkare att skydda sig mot
konkurrenter som åker snålskjuts

LAGM01

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Reinhold Fahlbeck

Termin för examen: VT 2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 BAKGRUND	7
1.2 SYFTE OCH FRÅGESTÄLLNINGAR	9
1.3 AVGRÄNSNINGAR.....	10
1.4 METOD OCH MATERIAL	11
1.5 FORSKNINGSLÄGE	14
1.6 TERMINOLOGI	15
1.7 DISPOSITION	16
2 OM BRANDING	18
2.1 INLEDNING.....	18
2.2 IDENTITET OCH IMAGE	19
2.3 VIKTEN AV ETT HELHETSTÄNKANDE.....	20
2.4 BRANDING GENOM INTERAKTION.....	21
2.5 SLUTSATSER	21
3 OM IMMATERIALRÄTTERNAS BEGRÄNSNINGAR	22
3.1 ÖVERGRIPANDE OM IMMATERIALRÄTTERNA	22
3.1.1 <i>Inledning</i>	22
3.1.2 <i>Överlappning mellan olika lagar</i>	23
3.1.3 <i>Gemensam problematik kring immaterialrättsligt skydd för koncept</i>	23
3.1.3.1 Skydd för objekt och inte idéer.....	23
3.1.3.2 Kvalitetskrav	23
3.1.3.3 Behovet av välutvecklade strategier.....	24
3.1.3.4 Kostnadsfrågan	24
3.2 SÄRSKILT OM VARUMÄRKESRÄTTEN OCH DESS BEGRÄNSNINGAR.....	25
3.2.1 <i>Inledning</i>	25
3.2.2 <i>Okonventionella varumärken</i>	25
3.2.3 <i>Särskiljningsförmåga</i>	26
3.2.4 <i>Skyddsomfånget</i>	27
3.2.5 <i>Kravet på grafisk återgivning</i>	28
3.2.6 <i>Skydd för butiksinredningar. Om Apples försök att varumärkesregistrera sin butiksinredning</i>	28
3.2.6.1 Omständigheterna i fallet.....	28
3.2.6.2 EU-domstolens bedömning	29
3.2.6.3 Bedömningen i Sverige	29
3.2.6.4 En ny utvecklingstendens	30
3.3 SLUTSATSER	30
4 MFL:S SKYDD MOT RENOMMÉSNYLTNING	33
4.1 INLEDNING.....	33
4.2 TILLÄMPLIG PÅ MARKNADSFÖRING.....	34
4.3 ALTERNATIVA GRUNDER	34
4.4 RENOMMÉSNYLTNING ENLIGT GENERALKLAUSULEN.....	36
4.4.1 <i>Från konsumentskydd till skydd mot otillbörlig konkurrens näringsidkare emellan</i>	36

4.4.2	<i>Renommésnyltning idag</i>	37
4.4.2.1	Om innebörden av renommésnyltning.....	37
4.4.2.2	Kravet på faktiskt renommé	38
4.4.2.3	Om påföljderna vid renommésnyltning.....	39
4.4.2.4	Transaktionstestets påverkan på bedömningen av renommésnyltning.....	41
4.5	RENOMMÉSNYLTNING OCH SKYDD MOT EFTERLIKLANDE AV KONCEPT	42
4.5.1	<i>Hemglass-fallet</i>	42
4.5.1.1	Omständigheterna i fallet.....	42
4.5.1.2	Vilseledande om kommersiellt ursprung:.....	43
4.5.1.3	Renommésnyltning.....	43
4.5.1.4	Analys och kommentarer till fallet.....	43
4.5.2	<i>Konceptskydd efter Hemglass-fallet</i>	45
4.6	SLUTSATSER	45
5	SKYDDET FÖR FÖRETAGSHEMLIGHETER	48
5.1	INTERNATIONELLA ÅTAGANDEN	48
5.2	LAG (1990:409) OM SKYDD FÖR FÖRETAGSHEMLIGHETER.....	48
5.2.1	<i>Inledning</i>	48
5.2.2	<i>Om vad som kan skyddas som företagshemlighet</i>	49
5.2.2.1	Information om affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse	49
5.2.2.2	Kravet på hemlighållande	51
5.2.2.3	Skada i konkurrenshänseende.....	52
5.2.3	<i>Obehöriga angrepp</i>	53
5.2.4	<i>Ansvarsreglerna</i>	55
5.2.4.1	Straffrättsligt ansvar	55
5.2.4.2	Skadestånd	56
5.2.4.2.1	Ansvarssubjekten	56
5.2.4.2.2	Skadeståndets storlek	57
5.2.5	<i>Vitesförbud och inlösen</i>	58
5.2.6	<i>Bevisfrågor</i>	59
5.3	BEHOVET AV EGNA INSATSER	60
5.4	SLUTSATSER	61
6	EN FRAMTIDA EU-RÄTTSLIG HARMONISERING?	65
6.1	BAKGRUND	65
6.2	MOTTAGANDE AV FÖRSLAGET	66
6.3	KORT OM FÖRSLAGET	66
6.4	SÄRSKILT OM INTRÅNGSGÖRANDE VAROR	68
6.4.1	<i>Inledning</i>	68
6.4.2	<i>Avsevärt gynnande</i>	68
6.4.3	<i>Även tjänster?</i>	70
6.4.4	<i>Marknadsföring som gynnats avsevärt?</i>	72
6.5	SLUTSATSER	73
7	SAMMANFATTANDE ANALYS	75
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	77
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING.....	84

Summary

Branding is the term used to denote the work being done to build strong brands. Branding has increasingly come to focus on building an identity and a brand image around businesses to create competitive advantages. The literature emphasizes the importance of the selected identity to be communicated through all communication channels and interfaces available. Thus, branding can include everything from how staff dresses, how stores are decorated and how the administration is handled.

Today the work of creating an identity is often made by designing whole concepts, where all parts interact to create the identity and the image pursued. Developing a successful concept can be very resource-intensive. When someone succeeds to create a successful concept, it may therefore be tempting for competitors to imitate that concept. Such free riders are obviously a problem for the one who has developed the concept. With the background of this issue, this thesis aims to investigate two legal tools that can be used by a trader who wants to protect its business concept. The selected tools are the protection against passing off (sv. renomménlytning) and the protection of trade secrets as provided in the 1990 Trade Secrets Act. These legal frameworks have been selected for their potential to protect *whole* concepts.

Initially the limitations associated with intellectual property protection are investigated. The conclusion in this part is that intellectual property rights may indeed be an effective protection against imitation, if they are used in combination with each other. However, the protection is restricted to individual items and the connecting idea or the ideas behind the concept cannot be protected.

The protection against passing off is found to have great potential to be efficient in concept protection. However, there are many different factors that may cause difficulties for a trader who wishes to act against another trader and its imitations. For protection against passing off, it is required that what is imitated is known in the market and thus elements that are not visible externally cannot be protected. Furthermore, it may be difficult to show the goodwill required for all the components of the concept.

The trade secret protection is flexible in its design and can cover most components that a trader may wish to protect. The protection consists of protection against unwarranted infringements of trade secrets. Only information that is kept secret can be protected. Therefore the trade secret protection has the greatest potential to be used as a concept protection *prior* to the launch of a new concept. The biggest problem with using the trade secret protection to protect a concept is the difficulties concerning evidence.

All the forms of protection subject to this thesis require that traders work strategically in order to make the legal protections as efficient as possible.

There is an on-going work of harmonization concerning the protection of trade secrets in the EU. Currently there is a draft directive of the European Parliament. This proposal contains a number of provisions that could strengthen a trader's ability to protect themselves against competitors that use trade secret information. However, the positive effects that might result from these regulations risk being withheld as a consequence of the fact that the proposed directive does not contain any rules on the preservation of evidence.

Sammanfattning

Branding är det begrepp som används för att beteckna det arbete som läggs ner för att bygga starka varumärken. Branding har allt mer kommit att handla om att bygga upp en identitet och en image kring verksamheter, för att på så vis skapa konkurrensfördelar. I litteraturen betonas vikten av att den valda identiteten ska förmedlas genom alla de kommunikationskanaler och kontaktytor som finns tillgängliga. Branding kan således omfatta allt ifrån hur ett företags personal klär sig, hur butiker är inredda, hur administrationen sköts osv.

Det identitetsskapande arbetet sker numera ofta genom byggande av hela koncept där alla delar samverkar för att skapa den identitet och den image som eftersträvas. Att utveckla ett framgångsrikt koncept kan vara mycket resurskrävande. Då någon lyckats med att ta fram ett välfungerande koncept kan det därför vara lockande för konkurrenter att försöka efterlikna konceptet. För den som tagit fram konceptet är det självklart ett problem när någon annan åker snålskjuts på de egna insatserna. Med bakgrund av denna problematik syftar uppsatsen till att undersöka två rättsliga verktyg som kan användas av en näringsidkare som vill skydda sitt koncept mot imitation. De valda verktygen är dels det marknadsrättsliga skyddet mot renommésnyltning, dels skyddet för företagshemligheter som erbjuds genom FHL. Skyddsformerna är valda för att de har potential att skydda *hela* koncept.

Inledningsvis redogörs för de begränsningar som är kopplade till de immaterialrättsliga skyddsformerna. Slutsatsen i denna del är att immaterialrätterna visserligen kan fungera som ett effektivt skydd mot efterliknande om de används i kombination med varandra. Skyddet är dock knytet till enskilda objekt och den bakomliggande tanken eller idén bakom konceptet kan inte skyddas.

Skyddet mot renommésnyltning konstateras ha stor potential att verka som ett effektivt konceptskydd. Det finns dock flera olika faktorer som kan orsaka svårigheter för en näringsidkare som vill ingripa mot en annan näringsidkare och dennes efterhärmingar. För skydd mot renommésnyltning krävs att det som efterliknas är i besittning av renommé och av detta följer att sådant som inte är synligt utåt inte kan skyddas. Det kan dessutom vara svårt att visa på sådant renommé som krävs för konceptets alla delar.

Det företagshemliga skyddet är flexibelt i sin utformning och kan omfatta det mesta som en näringsidkare kan tänkas vilja skydda.

Skyddet består av skydd mot obehöriga angrepp på företagshemligheter. Det är enbart information som hålls hemlig som kan skyddas. Det företagshemliga skyddet har därmed störst potential att användas som ett helhetsskydd *innan* ett nytt koncept lanserats. Det största problemet med att använda skyddet för företagshemligheter för att skydda ett koncept är svårigheterna kring frågor om bevisning.

Gällande alla de skyddsformer som behandlats gäller att det krävs strategiskt arbete från näringsidkarens sida för att skydden ska bli så effektiva som möjligt.

Det pågår ett harmoniseringsarbete angående skyddet för företagshemligheter inom EU. För närvarande behandlas ett direktivförslag av Europaparlamentet. Direktivförslaget innehåller flera bestämmelser som skulle kunna stärka en näringsidkares möjligheter att skydda sig mot konkurrenter som utnyttjar företagshemlig information. De positiva effekterna som skulle kunna följa på dessa regleringar riskerar dock att utebli som en konsekvens av att direktivförslaget inte innehåller några regler om bevissäkring.

Förord

Det är inte utan visst vemod jag nu skriver de sista raderna på mitt examensarbete och därmed sätter punkt för fem års studier i juridik. Dessa fem år har varit oförglömliga och jag kommer bära med mig både kunskap, minnen, och inte minst vänner för livet.

Jag vill rikta ett stort tack till vänner och familj som alltid stöttat och peppat mig då jag behövt det som mest. Ert stöd har varit ovärderligt, inte mist då min dator blev stulen tre dagar innan denna uppsats skulle lämnas in...

Ni är alla fantastiska!

Ett särskilt tack ska riktas till min handledare Reinhold Fahlbeck som var den som från början väckte mitt intresse för företagshemligheter, och som även var den som föreslog ämnet för denna uppsats. Reinhold har visat ett fantastiskt engagemang och alltid funnits tillgänglig för diskussion. Jag kunde inte önskat mig en bättre handledare.

Lund, den 25 maj 2015

Caroline Andersson

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EU	Europeiska unionen
FHL	Lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv
PBR	Patentbesvärsträtten
PL	Patentlagen (10067:837)
Prop.	Proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
SACG	Svenska föreningen mot piratkopiering
SACO	Svenska akademikers centralorganisation
SFIR	Svenska föreningen för immaterialrätt
SIPF	Svenska industrins IP förening
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TCO	Tjänstemännens centralorganisation
TRIPS	Agreement on Trade-Related aspects of Intellectual Property Rights.
URL	Lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VmL	Varumärkeslagen (2010:1877)
WTO	World Trade Organization

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Idag finns varumärken överallt omkring oss. Kaffet du dricker på morgonen, kläderna du har på dig, bilen du kör, telefonen du använder, affären du handlar i – allt är försett med varumärken av olika slag. Genom att varumärken i stor utsträckning styr vilka beslut konsumenter fattar, följer det naturligt att varumärken är av stort intresse för näringsidkare, som vill att konsumenterna ska välja just de varor och produkter som tillhandahålls i deras verksamhet.¹ För den som lyckas med att bygga upp ett starkt och attraktivt varumärke finns det stora ekonomiska fördelar att hämta. Interbrands årligen återkommande värdering av internationella varumärken är ett tydligt bevis för detta.²

Interbrands senaste värdering offentliggjordes i oktober 2014. Listan toppades då av Apple, tätt följt av Google. Båda dessa företag värderades till belopp överstigande 100 miljarder USD. Både Apple och Google hade sedan den förra undersökningen ökat i värde med över 15 %.³ Jez Frampton (Interbrands Global Chief Executive Officer) konstaterade vid offentliggörandet av listan att de imponerande värdeökningarna är tydligt bevis för ”the power of brand building”.⁴

Den vedertagna termen för omfattande varumärkesbyggande är branding.⁵ Företag idag spenderar allt större resurser, både i form av tid och pengar, på att bygga sina varumärken, sina ”brands”. Att arbetet med branding tas på stort allvar syns även genom att befattningen Director of Marketing i många fall omvandlats till Director of Brands.⁶

Metoderna för marknadsföring och branding har kommit att bli allt mer omfattande och komplexa. Denna utveckling är en naturlig följd av att konkurrensen på marknaden idag är mycket större än den var för bara ett par årtionden sedan. För att sticka ut och tränga igenom det massiva reklambruset som finns krävs det något mer än att enbart ha en funktionell och bra produkt. Det höga tempo som råder på marknaden gör att det inte tar lång tid från det att en produkt lanseras till det att det finns imitationer

¹ Att intresset för brands och branding är mycket stort märks bland annat på det oändliga antal böcker som publiceras på temat varje år. Även erkända tidskrifter behandlar ämnet återkommande. The Economist har även valt att publicera ett antal av de artiklar som publicerats även i bokform. Se Clifton, *Brands and branding*.

² Interbrand är en världsledande konsultbyrå som arbetar med branding. Den årligen återkommande rankingen av globala varumärken har fått ett stort genomslag och refereras ofta till inom såväl litteraturen, vetenskapliga studier och medierapportering.

³ Interbrand, Best Global Brands, 2014.

⁴ Interbrand, Interbrand's 15th annual Best Global Brands Report.

⁵ Se närmare om begreppet och vad det omfattar nedan under kap 1.6 och i kap 2.

⁶ Detta konstaterades av Melin redan i avhandlingen *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel – om konsten att bygga upp starka varumärken*, s 4, från 1997.

tillgängliga på marknaden. Konkurrensfördelar som är kopplade till den faktiska produkten riskerar på detta vis att förvandlas ifrån fördelar till förutsättningar. Att enbart konkurrera med prissättning är varken önskvärt eller möjligt för ett företag som gjort stora investeringar i produktutveckling. Varumärken och de associationer som är kopplade till dessa har därför kommit att få allt större betydelse såsom konkurrensmedel av mer uthålligt slag.⁷

“In the 21st century, branding will ultimately be the only unique differentiator between companies”⁸

Citatet är hämtat ifrån Fortune Magazine och publicerades redan 1997. Med den utveckling som skett sedan dess går det inte att säga annat än att prognosen ser ut att ha varit korrekt. Även om utvecklingen ännu inte gått fullt så långt som att branding skulle vara den enda åtskiljande faktorn, så har betydelsen av branding och byggande av en tydlig identitet för företag och produkter onekligen kommit att få en allt större betydelse. Utvecklingen speglas bl.a. i att det blir allt svårare att skilja mellan affärsstrategier och varumärkesstrategier.⁹

Branding används numera som ett verktyg för att skapa en identitet och en image för företag, produkter och verksamheter. Företag lägger ner omfattande arbete för att skapa och utveckla koncept och metoder för att kommunicera det valda budskapet till marknaden. Arbetet med att ta fram och utveckla framgångsrika koncept kan vara mycket resurs- och tidskrävande. Därmed är det lätt att se att det kan vara frestande för en näringsidkare som inte har stora resurser att lägga på sådant bakomliggande arbete att åka snålskjuts på ett redan väl beprövat koncept.¹⁰ Genom att kopiera ett redan framgångsrikt koncept slipper det “härmande” företaget att lägga ner samma resurser som det första företaget på att exempelvis göra marknadsundersökningar och testa sig fram till dess att välfungerande koncept/identitet som fungerar på den valda marknaden identifierats.

För den näringsidkare som har lagt ner stora resurser i form av både tid och pengar för att utveckla ett framgångsrikt koncept framstår det som uppenbart orättvist att någon som inte lagt ner samma resurser ska kunna dra nytta av det nedlagda arbetet. Genom att konkurrenter härmar det framtagna konceptet kommer sannolikt den förste näringsidkarens vinstmöjligheter att påverkas. Genom att det finns flera alternativ på marknaden, som av kunderna uppfattas som likvärdiga, riskerar den förste näringsidkaren att se kunder gå över från den egna verksamheten till konkurrentens. Med denna bakgrund är det uppenbart att näringsidkare har

⁷ Melin, *Varumärkesstrategi – om konsten att utveckla starka varumärken*, s 19. Se även Melin, *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel – om konsten att bygga upp starka varumärken*, s 8f.

⁸ Citat ur Fortune Magazine återgivet i Melin, *Varumärkesstrategi – om konsten att utveckla starka varumärken*, s 15.

⁹ Ugglå, *Portföljstrategier – varumärket som lagspelare*, s 9.

¹⁰ Ett exempel hämtat från verkligheten är alla de ”coffee houses” som växt fram i kölvattnet av Starbucks. Se Ugglå, *Varumärkesstrategi i verkligheten*, s 29ff.

ett intresse av att skydda sina koncept och den identitet som byggts upp kring verksamheten genom branding.

1.2 Syfte och frågeställningar

Med bakgrund av den utveckling som redogjorts för ovan syftar uppsatsen till att närmare undersöka två rättsliga verktyg som kan användas *då en näringsidkare försöker efterlikna en annan näringsidkares koncept eller identitet som skapats genom ett omfattande varumärkesbyggande arbete* (branding).

Mer specifikt syftar uppsatsen till att utreda vad som gäller när en *utomstående näringsidkare* (i bemärkelsen att det inte finns eller har funnits något avtal om samarbete, licensering eller liknande) efterliknar en annan näringsidkares koncept och brandingåtgärder.

Det finns inte någon ”Lag om skydd för branding” som tar ett helhetsgrepp om fenomenet och kan ge ett heltäckande skydd. Det finns dock regelverk som potentiellt skulle kunna användas för att kunna ta ett bredare grepp kring hela koncept och täcka in fler aspekter än vad som är möjligt inom ramarna för immaterialrätten. I denna uppsats ska två av dessa rättsliga figurer undersökas.

De rättsliga verktyg som jag valt att behandla är det marknadsrättsliga skyddet för renommésnyltning och det rättsliga skyddet genom FHL. De två olika skyddsformerna skiljer sig från varandra på det grundläggande sättet att det marknadsrättsliga skyddet tar sikte på sådant som är synligt utåt för konsumenter och andra näringsidkare medan skyddet för företagshemligheter istället tar sikte på sådant som inte är synligt för utomstående. Trots denna grundläggande skillnad har de två systemen en viktig gemensam nämnare i det att de på olika sätt potentiellt kan användas för att skydda en helhet, dvs. snyltande på ett helt koncept.

Det är oftast immaterialrätterna som står i fokus när konceptskydd diskuteras. För att identifiera vilken praktisk funktion de två vald rättsliga figurerna har att fylla syftar uppsatsen även till att identifiera de begränsningar som följer av immaterialrätterna, främst varumärkesrätten.

Huvudfrågan som uppsatsen syftar till att utreda är mot bakgrund av ovanstående redogörelse *vilket rättsligt skydd som finns för en näringsidkare som genom omfattande brandingåtgärder byggt upp en identitet för sitt/ företag/ verksamhet/ produkt mot att en annan näringsidkare efterliknar antingen det färdiga konceptet/identiteten eller metoderna för att bygga upp densamma.*

Inom ramen för huvudfrågan har följande delfrågor formulerats:

- Vilka är begränsningarna med det immaterialrättsliga skyddet?
- Vilket skydd kan ges genom MFL:s skydd mot renommésnyltning?

- Vilket skydd kan ges genom FHL?
- Vilka möjligheter och begränsningar ges av de olika systemen?
- Vilka möjligheter och begränsningar kan följa på direktivförslaget om skydd för företagshemligheter?

Såväl FHL som MFL nämns ofta i framställningar angående immaterialrättsligt skydd för koncept och branding, de hamnar dock oftast i skuggan av de immateriella ensamrätterna och har inte ägnats särskilt stor uppmärksamhet i det avseendet som denna uppsats ämnar göra. I uppsatsen betraktas de båda rättsliga figurerna ifrån ett praktiskt perspektiv, i avseendet hur de kan användas i praktiken av näringsidkare för att skydda vad som byggts upp genom branding.

Uppsatsen har vidare ett praktiskt värde genom att behandla en fråga som är av relevans för lagstiftning och rättstillämpning. Gällande företagshemlighetslagstiftningen är den föremål för debatt både inhemskt och internationellt. Att uppsatsen lyfter, belyser och behandlar frågor som kan vara av betydelse för framtida ställningstaganden avseende vilka förändringar som bör ske och vilken riktning en framtida utveckling kan ges bidrar till att uppsatsens frågeställning är högst aktuell och relevant.

Renommésnyltning har under senare år aktualiserats allt oftare i praxis, detta tyder på ett ökat intresse för denna skyddsform som bidrar till att undersökningen även i denna del är av stort praktiskt värde.

Uppsatsen behandlar ett ämnesområde som spänner över ett brett spann av regler. Denna omständighet, i kombination med att det valda perspektivet är ett sådant som tidigare inte ägnats särskilt stor uppmärksamhet inom den juridiska forskningen, har medfört att uppsatsen fått en delvis *probleminventerande karaktär*. Detta medför att valda frågeställningar och avgränsningar kan framstå som något spretiga. Samtidigt bidrar det till att ge uppsatsen ett högt nyhetsvärde och skapa underlag för vidare studier på området.

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen är som en första utgångspunkt avgränsad till ovan presenterade syfte och frågeställningar. Det måste förtydligas att uppsatsen inte ämnar behandla angränsande rättsområden, framförallt immaterialrätterna, på något djupgående sätt. En sådan framställning skulle bli alltför omfattande. För att skapa en förståelse för hur det företagshemliga- och marknadsrättsliga skyddet kan fylla en praktisk funktion ska dock inledningsvis en mycket kortfattad genomgång av de olika immaterialrättsliga skyddsmöjligheterna göras, fokus kommer då att ligga på varumärkesrätten och de utvecklingstendenser som kan anas.

Även om uppsatsen avgränsats till att i huvudsak behandla två utvalda rättsliga verktyg så har ytterligare avgränsningar fått göras för att omfånget inte skall bli alltför omfattande. Detta följer redan av det faktum att

uppsatsen är av en delvis probleminventerande karaktär. Frågan om efterliknande av koncept och skydd för investeringar i branding aktualiseras inte sällan i samband med att viss verksamhet bedrivits som franchise.¹¹ Vad som gäller i en sådan situation faller utanför uppsatsens syfte och ska inte behandlas.

Fokus har ägnats åt de moment i lagstiftningen som enligt min bedömning är av störst betydelse för skyddet av helheten. Uppsatsen ger därmed inte någon fullständig redogörelse för alla bestämmelser inom valda områden som kan vara av betydelse. Urvalet av valda fokusområden är självfallet ytterst ett resultat av mina subjektiva bedömningar men grundar sig på ingående studier av de utvalda rättsliga verktygen.

Uppsatsen är vidare avgränsad till att i huvudsak behandla svensk rätt. Det finns en rad internationella regelverk som på olika vis har haft påverkan på utformningen av den svenska rätten. Det rör sig då dels om internationella traktat, dels om EU-rättslig reglering. I de fall det varit av betydelse för tillämpningen och tolkning av den svenska lagstiftningen har därför även dessa regleringar och tillhörande praxis behandlats i viss utsträckning. Gällande den marknadsrättsliga regleringen av renommésnyltning har detta främst varit aktuellt i anslutning till transaktionstestet som infördes i MFL till följd av EU-rättslig reglering.

1.4 Metod och material

För att besvara uppsatsens frågeställning har den rättsdogmatiska metoden använts. Metoden innebär att rättskällor såsom lag, förarbeten, praxis och doktrin studeras, systematiseras och analyseras för att fastställa gällande rätt (*de lege lata*).¹² En del reflektioner kommer även att göras *de lege ferenda* dvs. gällande vad lagen borde vara. Dessa reflexioner faller inte inom huvudsyftet med uppsatsen, men följer naturligt på slutsatserna kring vad som konstateras vara gällande rätt.

Då ämnet är överordnat såväl materialet som metoden så har ämnesvalet varit styrande för såväl urvalet av material som valet av metod. Metoden är i sin tur underordnad materialet på så vis att olika typer av material tolkas och används på olika sätt.¹³ Då metoden och materialet är så intimt kopplade till varandra behandlar jag i detta avsnitt de båda tillsammans. Eftersom uppsatsen spänner över en rad olika rättsområden som medför olika typer av material och förutsättningar för tolkning har särskilda överväganden fått göras i förhållande till de olika delarna i uppsatsen vilka närmare ska kommenteras nedan.

¹¹ MD 1993:26 (Hemglass) är ett sådant exempel. Se nedan under rubrik 4.5.1.

¹² För närmare redogörelser av vad metoden innefattar samt de delade meningar som råder kring densamma se Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, s 117 ff. Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s 53ff samt Peczenik, *Juridikens teori och metod*, s 33ff.

¹³ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s 45f.

Som en konsekvens av att det material som varit tillgängligt har varit mycket omfattande har det varit nödvändigt att gå igenom, värdera, och slutligen välja bort, visst material. Material som inte befunnits vara av direkt relevans eller som varit av underordnad betydelse har därmed fått sällas bort som en del processen.¹⁴

Avsnittet gällande branding baseras i stort på litteratur som har sin grund inom det ekonomiska området snarare än det juridiska. Detta har jag inte funnit problematiskt eftersom materialet inte använts för att ge en juridisk definition. Materialet har enbart använts för att utreda vad som kan inkluderas i begreppet branding och därigenom skapa en förståelse kring vilken typ av moment som har ett praktiskt skyddsvärde. Avsnittet baseras på författare som är väletablerade och erkända. Bland de internationella författare som använts märks främst Kapferer.¹⁵ Kapferer kan beskrivas som en guru inom området branding och marknadsföring och refereras återkommande till inom den ekonomiska litteraturen. Bland de svenska författare som använts utmärker sig Melin,¹⁶ vars avhandling omfattar även juridiska aspekter av strategisk varumärkesanvändning.

Gällande avsnittet om det marknadsrättsliga skyddet mot renommésnyltning ska det inledningsvis uppmärksammas att nu gällande MFL är av förhållandevis sent datum. Reglerna kring renommésnyltning har dock inte ändrats på något mer ingående sätt, varpå såväl praxis som förarbeten som uppkommit i anslutning till den äldre MFL fortfarande kan vara relevanta. Eftersom renommésnyltning enligt MFL regleras inom ramen för en generalklausul har praxis särskilt stor betydelse och har därför fått ta stor plats i framställningen. Renommésnyltning har under de senaste åren allt oftare kommit att behandlas i MD:s avgöranden och det har därför inte varit svårt att finna material i denna del. I praxis finns endast ett fall som berört efterliknande av ett helt koncept. Fallet är från 1993 och har således några år på nacken. Trots detta behandlas fallet ingående. Detta dels eftersom fallet är av illustrativ betydelse för läsaren, dels eftersom de rättsliga frågor som behandlades däri är aktuella även idag. Analysen av fallet tar självklart hänsyn till den rättsutveckling som skett sedan fallet avgjordes. Gällande det marknadsrättsliga materialet i övrigt är det främst Bernitz¹⁷ och Levin¹⁸ som stått bakom den litteratur som använts. Särskilt kan Levins *Marknadsföringslagen – en kommentar* lyftas fram. Tidskriften NIR har varit en värdefull informationskälla gällande såväl skyddet mot

¹⁴ Sandgren, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, s 31.

¹⁵ Kapferer är professor vid HEC Paris (École des Hautes Etudes Commerciales de Paris) och omnämns ofta som Europas ledande varumärkesexpert. På den akademiska meritlistan finns bl.a. en MBA från HEC Paris och en PhD från Northwestern University (USA).

¹⁶ Frans Melin är Ekonomie doktor inom varumärkesstrategi, numera verksam inom LBMG (Lund Brand Management Group) som är en forskningsgrupp verksam på Ekonomihögskolan vid Lunds universitet.

¹⁷ Professor vid Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet med många internationella meriter. Bland Bernitz expertområden märks bl.a. både immaterialrätt och marknadsrätt.

¹⁸ Levin är verksam professor i civilrätt vid Stockholms universitet och specialiserad på immaterialrätt.

renomményltning som företagshemlighetslagstiftningen som immaterialrätterna.

För avsnittet angående skyddet enligt FHL har Fahlbecks¹⁹ framställning *Lagen om skydd för företagshemligheter – en kommentar och rättsöversikter* varit av mycket stor betydelse. Verket får klassificeras som ett standardverk och hänvisningar till detta förekommer frekvent i övrig litteratur på området. Vidare har Bernitz varit en mycket värdefull källa, främst genom framställningen *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. I sammanhanget bör även Wainikka²⁰ uppmärksammas. Genom flertalet kortare publikationer har hon bidragit med ett mer praktiskt perspektiv än övriga författare, som i sina verk anfört analyser av mer klassiskt slag. Wainikka har genom sina framställningar bidragit med kreativa idéer och tankar om hur företagshemlighetslagstiftningen kan användas som ett komplement till de immaterialrättsliga lagstiftningarna. Det har funnits en del praxis att tillgå från HD. Eftersom denna inte varit särskilt omfattande har även praxis från underrätter använts, då med avsikten att verka illustrerande eller förtydligande. I praxis har FHL främst kommit att aktualiseras i fall med arbetsrättslig anknytning. En del av den praxis som behandlas i uppsatsen härrör därför från AD. Som ett resultat av det långa arbete som föregick FHL:s tillkomst finns det ett flertal olika förarbeten att tillgå. Förarbetena har fått behandlas med vaksamhet för att avgöra vilka uttalanden som ger uttryck för det som kom att bli lagstiftarens slutliga intention. Även efter FHL:s ikraftträdande har det gjorts ett flertal utredningar gällande olika typer av förändringar av lagstiftningen. Den utredning som varit av störst betydelse för arbetet med denna uppsats är SOU 2008:63 *Förstärkt skydd för företagshemligheter*.

I den sedvanliga svenska rättsdogmatiska metoden tas utgångspunkt i förarbetena, detta skiljer den svenska metoden ifrån den EU-rättsliga (även om EU-rättsliga förarbeten kommit att få allt större betydelse).²¹ Metoden i anslutning till studien av direktivförslaget angående skydd för företagshemligheter skiljer sig något från det traditionella rättsdogmatiska metoden som används i uppsatsens övriga delar. Detta beror på att det rör sig om en studie av ett förslag som ännu inte blivit verklighet. Studien kan därmed inte sägas syfta till att fastställa gällande rätt. Eftersom direktivförslaget ännu inte lett till lagstiftning kommer förarbetena av naturliga skäl få stor betydelse för studien av direktivförslaget. Detta är också en konsekvens av att direktivförslaget är av sent datum och att det ännu inte kommenterats i någon större utsträckning, varken i svensk eller internationell doktrin. Det material som finns att tillgå är främst svar från olika remissinstanser. Det finns vidare ett fåtal artiklar som behandlat

¹⁹ Fahlbeck är professor emeritus vid Juridiska fakulteten vid Lunds universitet med en lång internationell karriär bakom sig. Fahlbeck har främst arbetat med arbetsrätt och är bland annat specialist på frågor om skydd för företagshemligheter och know-how.

²⁰ Wainikka har en jur.dr. från Stockholms universitet och en MBA från Handelshögskolan i Stockholm. Wainikka driver numera egen byrå som erbjuder rådgivning och utbildning angående innovationer och immaterialrättsligt skydd.

²¹ Hetne och Otken Eriksson, *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s 113f.

direktivförslaget. Detta material har varit ytterst relevant i bedömningen av vilka konsekvenser ett eventuellt införande av direktivförslaget skulle kunna leda till. De remissvar som finns gjordes i anknytning till kommissionens direktivförslag. Eftersom rådet lagt fram ett omarbetat förslag har jag, då jag använt mig av remissvaren, varit noga med att undersöka de däri gjorda kommentarernas relevans för förslaget såsom det ser ut efter rådets bearbetning.

1.5 Forskningsläge

På det immaterialrättsliga området finns det omfattande forskning att tillgå. Vid Uppsala universitet har det exempelvis bildats en särskild akademi för forskning kring immaterialrätt. Forskningen har hittills inte varit inriktad mot skydd för helheter, annat än i anslutning till datorprogram. I den forskningen har det främst varit upphovsrätt och patenträtt som undersökts. Någon forskning med samma inriktning som denna uppsats har inte funnits vid de juridiska fakulteterna. Vid ekonomiska fakulteter behandlas frågan om skydd för koncept återkommande, det är dock inte juridiken som fått stå i fokus i sådan forskning. Arnestål²² arbetar för närvarande med forskningsprojektet ”användning av annans varumärke i marknadsföring”. Av titeln att döma kan detta arbete möjligen komma att tangera frågor som behandlas i denna uppsats.

Renommésnyltning har ägnats förvånansvärt lite uppmärksamhet i forskningen. Då renommésnyltning behandlas sker det ofta i mindre avsnitt i anslutning till bestämmelserna om vilseledande om kommersiellt ursprung. Någon forskning som behandlar renommésnyltning utifrån möjligheterna att skydda hela koncept från att efterliknas har jag inte funnit annat än i form av examensarbeten och enstaka artiklar. Nordell²³ har återkommande behandlat frågor kring marknadsrättens goodwillskydd och bedriver för närvarande forskning kring immaterialrätt/marknadsrätt och förmögenhetsrätt.

Företagshemlighetslagstiftningen har ägnats störst uppmärksamhet av Fahlbeck som behandlat lagstiftningen i sin helhet. Stålros avhandlade frågor kring företagshemligheter och know-how innan FHL trädde i kraft.²⁴ Senare forskning på området har fokuserat främst på problematik kring arbetstagare och företagshemlig information. Företagshemlighetslagstiftningens relation till andra närliggande områden såsom exempelvis avtalsrätten har också varit föremål för uppmärksamhet. Wainikka har skrivit ett flertal framställningar som berör skyddsmöjligheter för olika typer av innovationer, däribland kommunikationsinnovationer. I framställningen *Konstjuridik* undersöks bland annat möjligheterna för konceptskydd. De resonemang som förs här är av högsta relevans även då koncept inte är knutna till konst.

²² Arnestål är Jur. dr i civilrätt och undervisar vid Uppsala universitet. Arnestål har tidigare forskat kring varumärket som kontraktsföremål.

²³ Professor vid Stockholms universitet specialiserad på immaterialrätt och marknadsrätt.

²⁴ Stålros avhandling skrevs vid Juridiska fakulteten vid Stockholms universitet och publicerades 1986.

Angående direktivförslaget om skydd för företagshemligheter finns det av uppenbara skäl ännu inget forskningsmaterial att tillgå.

Sammanfattningsvis kan konstateras att den forskning som finns på området inte har gjorts med samma utgångspunkt som denna uppsats. Uppsatsen fyller därmed en funktion såsom problemidentifierande och kan utgöra ett avstamp för vidare forskning kring identifierade problemområden.

1.6 Terminologi

Då uppsatsen innehåller en del begrepp som inte är definierade i lag så ska detta avsnitt närmre redogöra för hur de mest centrala av dessa begrepp används genom uppsatsen, samt vilken betydelse som tillmätts dessa.

I uppsatsen kommer termen *branding* användas för att beteckna det som på svenska närmast kan betecknas som varumärkesbyggande. Den engelska termen är vedertagen inom den ekonomiska litteraturen och används även i svenska framställningar varpå jag funnit det motiverat att använda den engelska termen parallellt med den svenska som beteckning för det arbete som läggs ner för att på olika sätt skapa en identitet för företag och varumärken.²⁵ Eftersom den svenska termen varumärke motsvaras av både engelskans ”trademark” och ”brand” har jag även av pedagogiska skäl funnit det lämpligt att använda den engelska termen eftersom den svenska termen ”varumärkesbyggande” kan ge intrycket av att det arbete som sker alltid är kopplade till det fysiska varumärket (motsvarande engelskans trademark). Då termen varumärkesbyggande används kommer det att vara i samma betydelse som branding.

På samma sätt som branding beskriver någonting vidare än varumärkesbyggande i traditionell mening beskriver begreppet *brand* någonting som är mer vidsträckt än vad som åsyftas med termen varumärke. Brand används som beteckning för den identitet/image ett varumärke har i konsumenters medvetande såsom ett resultat av branding och är en term som omfattar mer än i vart fall den juridiska definitionen av vad som utgör ett varumärke.²⁶

Koncept är en term som används återkommande genom uppsatsen. Enligt Nationalencyklopedin så är ett koncept ”inom företagsekonomi en bärande idé eller grundläggande föreställning om hur olika delar av en verksamhet ska kombineras eller samordnas”.²⁷ Wainikka beskriver i sin bok om konstjuridik att ett koncept kan utgöras av flertalet olika objekt som hålls

²⁵ Vad sådant arbete kan bestå av redogörs närmare för nedan i kap 2.

²⁶ Jfr Bently m.fl., *Trade Marks and Brands – An Interdisciplinary Critique*, s 81, “It has been argued that ‘a useful way to conceptualize a brand is as an aggregation of assets which includes, but is not limited to a trade mark’”. Se även Renman Claesson och Wainikka, *Konstjuridik*, s 226ff och diskussionen om begreppet brand i förhållande till begreppet varumärke.

²⁷ www.NE.se, uppslagsord koncept.

samman av en sammanhållen tanke eller ide. Wainikkas beskrivning av ett koncept som det som ” står mellan verken”²⁸ är enligt min mening mycket talande eftersom det kan vara svårt att sätta fingret på exakt vad det är som utgör ett koncept. Konceptet omfattar såväl den övergripande bärande tanken eller idén som de olika sätt som dessa kan ta sig uttryck i.²⁹ När begreppet koncept används i uppsatsen så är detta i betydelsen övergripande tanke eller idé samt de uttrycksformer som dessa tankar eller idéer manifesteras i. Ett koncept kan således vara de tankar som ligger bakom utformning och genomförande av brandingåtgärder.

1.7 Disposition

Uppsatsens inledande *kapitel 2* är deskriptivt till sin karaktär och beskriver vad branding är och vilken typ av åtgärder som kan inkluderas i begreppet. Avsnittet är trots sin icke-juridiska karaktär nödvändigt för att ge en utgångspunkt för de fortsatta diskussionerna kring branding och konceptbyggande. Avsnittet kan tyckas väl långt men det fyller enligt min mening en viktig funktion för läsarens fortsatta förståelse för uppsatsens frågeställning.

Kapitel 3 syftar till att svara på frågan om vilka begränsningar som finns med det immaterialrättsliga skyddet. Kapitlet är uppdelat i två delar. Den första delen behandlar immaterialrätterna generellt. I den andra delen görs en närmare studie av varumärkesrättens begränsningar, detta eftersom det är den immaterialrätt jag funnit vara av störst relevans för uppsatsens huvudfråga. Analys sker fortlöpande och är inte begränsad till kapitlets sista avsnitt kallat *slutsatser*. Till följd av uppsatsens problemidentifierande karaktär så utgör själva urvalet av behandlade frågor i sig en del av analysen. Detta gäller genomgående i alla uppsatsens kapitel.

Kapitel 4 undersöker det skydd som kan ges genom MFL:s skydd mot renommésnyltning samt de möjligheter och begränsningar som följer på denna skyddsform. Särskild uppmärksamhet ägnas åt MD 1993:26 (Hemglass) som behandlar en situation som överensstämmer mycket väl med uppsatsens huvudfråga.

Kapitel 5 behandlar det skydd som kan ges genom FHL samt vilka möjligheter och begränsningar som är kopplade till denna skyddsform. Strukturen i kapitel följer i stort strukturen i FHL.

I *Kapitel 6* presenteras i korta drag det direktivförslag om skydd för företagshemligheter som nu behandlas av europaparlamentet. De delar av direktivförslaget som bedömts kunna få störst betydelse för den svenska lagstiftningen har lyfts fram. Bestämmelserna gällande intrångsgörande varor har ägnats särskilt intresse då dessa, enligt min mening, är de som kan få störst betydelse för möjligheterna att skydda koncept och branding.

²⁸ Renman Claesson och Wainikka, *Konstjuridik*, s 297.

²⁹ Renman Claesson och Wainikka, *Konstjuridik*, s 295-297.

I uppsatsens avslutande *kapitel 7* knyts slutsatserna från tidigare avsnitt samman. Utifrån de slutsatser som dragits görs även en del reflexioner *de lege ferenda*.

2 Om branding

”Everything about an organization talks”³⁰

2.1 Inledning

Varumärken och brands utgör som redogjorts för i inledningen betydande värden i företag och stora summor spenderas på att skapa dessa värden. Genom att skapa associationer kopplade till varumärken bygger företagen någonting som är vidare än ett varumärke, de bygger ett brand.³¹ Varumärkens ursprungliga funktion var att signalera ursprung.³² Denna funktion finns kvar även idag men varumärket har långt fler funktioner än så, framförallt genom att vara bärare av alla de associationer som företag försöker skapa genom omfattande arbete med branding.

Begreppet ”brand equity” (sv. varumärkeskapital) började diskuteras på riktigt under 90-talet.³³ Sedan dess har det dykt upp otaliga teorier och modeller för hur varumärken bäst byggs upp och laddas med associationer av olika slag.³⁴ Även i juridisk doktrin har det uppmärksamats att varumärken sammantaget kan sägas ha förändrats från att utgöra något rationellt och fysiskt till att idag vara någonting emotionellt och psykologiskt.³⁵

Trots att branding är en term som är allmänt vedertagen inom den ekonomiska litteraturen så saknas det en allmän definition av begreppet. Att ange en exakt definition av vad branding innebär är inte möjligt då det är ett begrepp som inte är definierat i lag.³⁶ Inom den ekonomiska litteraturen finns en rad olika definitioner, i princip alla experter på området har sin egen variant på hur begreppet ska definieras.³⁷ Den slutsats som kan dras efter en genomgång av etablerad litteratur på området är att branding innefattar en rad olika åtgärder som alla syftar till att kommunicera och

³⁰ Kotler och Levy, *Broadening the concept of marketing*, s 13.

³¹ Kapferer, *The new strategic brand management*, s 149.

³² För en närmare redogörelse för varumärkens utveckling och historik samt varumärkets olika funktioner se Melin, *Varumärkesstrategi – om konsten att utveckla starka varumärken*, s 20ff. Se även SOU 2001:26, främst kap 4.

³³ Startskottet för diskussionerna var en rad uppmärksammade företagsförvärv. Ett var de mest uppmärksammade var då Nestlé förvärvade företaget Rowntree (som bland annat hade varumärken som After Eight, Kit-Kat och Smarties i sin ägo) för en summa motsvarande fem gånger det bokförda värdet. Se vidare om förvärvet, Melin, *Varumärkesstrategi – om konsten att utveckla starka varumärken*, s16f.

³⁴ För närmare redogörelse av begreppet brand equity se Melin, *Varumärkesstrategi – om konsten att utveckla starka varumärken*, s 44ff.

³⁵ Lunell, *Okonventionella varumärken- form, färg, doft, ljud*, s16.

³⁶ Detta gäller till skillnad från begreppet marknadsföring som i vissa sammanhang används i samma betydelse som branding. Begreppet marknadsföring har en legaldefinition och denna återfinns i 3 § MFL.

³⁷ Se exempelvis den sammanställning av 100 olika definitioner från olika framstående marknadsförare som gjorts av Sarah Fudin, <http://branding.sva.edu/what-is-branding>

bygga en bild av vad ett varumärke eller ett företag är på ett djupare plan. Chasser och Wolfie sammanfattar det hela på ett kort och koncist sätt genom följande uttalande: ”Branding defines all aspects of messaging used to build or reinforce the power of the brand.”³⁸

2.2 Identitet och image

Under 90-talets andra hälft kom diskussionerna kring branding alltmer att handla om varumärkets mening (brand identity) och hur ett varumärkes identitet och kärnvärden kan byggas upp.³⁹ Helheten och skapandet av identitet är numera teman som är genomgående och återkommande i litteratur om branding.⁴⁰ Den utveckling som skett är en konsekvens av att marknaden är långt mer komplex idag än den var för bara 10–20 år sedan. Idag lever vi i ett kommunikationssamhälle där konsumenterna ständigt bombarderas med budskap om olika produkter och information av alla de slag. I en sådan intensiv konkurrens om uppmärksamhet finns det ett allt starkare behov att differentiera sig och att skapa en tydlig profil och identitet för sin verksamhet och sina produkter. Att skapa en tydlig identitet blir ett sätt att positionera sig gentemot konkurrenterna och att underlätta för konsumenterna när de fattar sina beslut.⁴¹ Vikten av att skapa en identitet för sitt varumärke eller företag illustreras mycket tydligt av Melin som valt att pryda omslaget till sin bok *Varumärkesstrategi – om konsten att utveckla starka varumärken* med fingeravtryck. Liknelsen kan tyckas enkel men är onekligen mycket träffande då det som avses med märkesidentitet är just ”the brands unique fingerprint which makes it one of a kind”.⁴²

Fill talar om skapandet av ”personligheter” för företag och produkter. Genom skapandet av sådana ”personligheter” är förhoppningen att skapa känslomässiga kopplingar och relationer mellan konsumenterna och olika varumärken och brands. Undersökningar har tidigare visat att det finns tendenser för att konsumenterna väljer produkter med ”personlighetsdrag” som liknar de man själv har eller önskar ha och som stämmer överens med konsumenternas självbild.⁴³

Det finns en skillnad mellan begreppen identitet och image i det avseendet att image handlar om hur någonting uppfattas utåt hos en konsument eller mottagare, medan identitet istället tar sikte på ett internt arbete med att identifiera och specificera vad man vill att ens varumärke och brand ska vara. I ett typiskt varumärkesprojekt brukar ingå komponenter som nulägesanalyser, utveckling av en varumärkesplattform, framtagning av en kommunikationsplattform, intern förankring av varumärkesplattformen, uppföljning och mätning. Arbetet med att ta fram underlag för vidare arbete

³⁸ Chasser och Wolfe, *Brandwired*, s 43.

³⁹ Uggla, *Portföljstrategier – varumärket som lagspelare*, s 12f.

⁴⁰ Se exempelvis Fill, *Marketing Communications*, s 338ff. Kapferer, *The new strategic brand management*, s 151.

⁴¹ Kapferer, *The new strategic brand management*, s 149ff.

⁴² Melin, *Varumärkesstrategi – om konsten att utveckla starka varumärken*, s 4.

⁴³ Fill, *Marketing Communications*, 338ff

med utformning av koncept och branding kan således vara mycket omfattande.⁴⁴

2.3 Vikten av ett helhetstänkande

När arbetet med att fastställa vilken som ska vara företagets/produktens identitet slutförts används informationen som tagits fram för att utforma marknadskommunikationen på ett sätt så att den image som uppkommer stämmer så väl överens med identiteten som möjligt.⁴⁵ Något som är gemensamt för den absoluta majoriteten av de modeller som presenterats angående hur framgångsrikt arbete med branding bör bedrivas är att de numera betonar vikten av ett helhetstänkande. För att bygga framgångsrika varumärken räcker det enligt dessa teorier inte att bara fokusera på funktionen eller utseendet hos en produkt. Enligt de teorier som finns ökar chanserna för ett framgångsrikt brandingarbete om så många plattformar för kommunikation som möjligt används. För att nå framgång krävs ett helhetstänk och ett omfattande arbete på en rad olika fronter.⁴⁶

Conradi⁴⁷ beskriver i sin modell hur de viktigaste kontaktytorna som skapar en bild av ett företag/produkt/tjänst kan delas in i sex kategorier varav en är marknadskommunikation som omfattar reklam och PR i alla dess former. Övriga kategorier utgörs av själva produkten/tjänsten, personlig kontakt med företaget eller dess återförsäljare, interaktionsmiljöer (omfattar både fysiska butiker, webb miljöer, mässor osv), vänner och bekanta samt media.⁴⁸

Med utgångspunkt i Conradis modell kan det konstateras att det är av betydelse hur butikerna som varor säljs i är utformade, hur personalen agerar och ser ut, hur avtalsvillkor utformas,⁴⁹ vilken typ av människor som använder ett företags produkter eller tjänster och i vilka sammanhang företaget eller produkterna syns, för att bara nämna några exempel. Även sådant som hur distributionsled är utformade kan vara av betydelse. Arbetet med att bygga starka och framgångsrika brands omfattar därmed långt mer än traditionell marknadsföring genom radio, tidningar och dagspress. Alla de olika budskap som på olika sätt förmedlas har betydelse för den bild av varumärket som uppkommer hos mottagarna av budskapen.⁵⁰

⁴⁴ Falonius, *Varumärket inifrån och ut - en handbok i internt varumärkesarbete*, s 47.

⁴⁵ Kapferer, *The new strategic brand management*, s 151.

⁴⁶ Conradi, *Tio sanningar er marknadsavdelning mörkar*, s 119 – 121.

⁴⁷ Conradi är varumärkesexpert och varumärkeskonsult och har under de senaste 15 åren jobbat med ledningen för bland annat Tetra Pak, Ericsson Coca-Cola Nordic, Investor m.fl. för att utveckla deras varumärkesstrategier.

⁴⁸ Conradi, *Tio sanningar er marknadsavdelning mörkar*, s 29-32.

⁴⁹ Angående betydelsen av hur avtal utformas kan särskilt hänvisas till Smith, *The "Branding Effect" of Contracts*.

⁵⁰ Fill, *Marketing Communications*, s 351. Kapferer, *The new strategic brand management*, s 151-152. Se särskilt figur 7.1. Se även Falonius, *Varumärket inifrån och ut - en handbok i internt varumärkesarbete*, s 32f.

Betydelsen av genomarbetade och *individuellt anpassade* strategier för hur företag på bästa vis kan skapa och stärka sina brands betonas genomgående i den ekonomiska litteraturen.⁵¹

2.4 Branding genom interaktion

Ytterligare en utveckling som följt av den ökade konkurrensen på marknaden är att trenden har gått ifrån marknadsföring som syftar till att hitta kunder till att behålla dem. Fenomenet benämns ”relationship marketing” och omfattar även aktiviteter efter det att ett köp har genomförts. Ett exempel på relationsbyggande arbete är att utforma lojalitetsprogram för trogna kunder. Andra exempel är att företag skickar ut gratulationshälsningar vid födelsedagar eller uppmärksammar namnsdagar.

Företag kan även arbeta med faktiska upplevelser för att föra sina kunder samman och på så vis skapa ”communities” med varumärket som gemensam beröringspunkt. Exempelvis anordnar Harley-Davidson ett rally varje år där deras kunder kan träffas.⁵² Ett annat exempel på interaktion som kan ses i Sverige är att ICA nyligen tagit fram en app där kunder kan få rabatt på utvalda produkter baserat på hur mycket de rör sig. På detta sätt belönar ICA trogna kunder och förstärker samtidigt bilden av ICA som ett hälsomedvetet företag.

2.5 Slutsatser

Betydelsen av arbetet med branding har kommit att bli allt större i takt med att utbudet av produkter och tjänster har ökat. I takt med att det blivit allt svårare att differentiera sig på marknaden så har metoderna för branding utvecklats och har kommit att bli allt mer kreativa.

Med den moderna synen på branding kan i princip vad som helst omfattas. Det är ytterst bara fantasin som sätter stopp för vad som kan utgöra branding. Marknadsförare tävlar idag om att knäcka de smartaste idéerna och finna nya vägar att kommunicera och interagera med konsumenterna. Klart är att det idag krävs allt mer förfinade och genomtänkta metoder för att kunna bli framgångsrik med sitt brandingarbete. Att arbeta med ett helhetstänk där den identitet som ska förmedlas ska genomsyra *hela* organisationen och *alla de kontaktytor* som finns tycks vara den ihållande trenden som är här för att stanna.

⁵¹ Se exempelvis Fill, *Marketing Communications* del 2 och 3.

⁵² Kapferer, *The new strategic brand management*, s 141.

3 Om immaterialrätternas begränsningar

3.1 Övergripande om immaterialrätterna

3.1.1 Inledning

Immaterialrätten bygger på en rad olika lagar som ger en innehavare ensamrätt till olika typer av prestationer. Dessa ensamrätter hör till civilrätten och klassas som förmögenhetsrätter. Bland de viktigaste lagarna på området märks främst Patentlagen (PL),⁵³ Varumärkeslagen (VmL),⁵⁴ Mönsterskyddslagen (ML),⁵⁵ och Upphovsrättslagen (URL).⁵⁶ Genom de olika immaterialrättsliga lagarna ges skydd mot kopiering och olika typer av efterbildningar utan samtycke. Skyddet omfattar även andra typer av obehörigt nyttjande.⁵⁷ Immaterialrätterna är utformade för att skapa en balans mellan allmänna och privata intressen, ensamrätterna har därför fått inskränkas på olika vis för att inte påverka konkurrensfriheten i alltför hög grad.⁵⁸ Balansen mellan ensamrätterna och konkurrensfriheten (inkluderat rätten att fritt kopiera vad någon annan tagit fram) är svår. Att efterliknande tillåts är ur konkurrenssynpunkt i huvudsak positivt. Det är dock sant som Stenvik uttryckt det att ”Alle kan ikke vaere kopister, noen må også utvikle de nye idéer som det kan vaere verd å kopiere”.⁵⁹ Med detta perspektiv är ensamrätterna även en förutsättning för sund konkurrens.

Immateriella rättigheter är i princip territoriellt begränsade.⁶⁰ Numera finns det dock unionsrättigheter (immaterialrätter som sträcker sig över hela EU) gällande formgivning, varumärken och växtförädlarrätt. Det pågår ett arbete med att införa ett likande system även för patent.⁶¹

Utformningen av immaterialrätterna är i stor utsträckning harmoniserade både på ett internationellt plan och inom EU.⁶²

⁵³ Patentlag (1967:837).

⁵⁴ Varumärkeslag (2010:1877).

⁵⁵ Mönsterskyddslag (1970:485).

⁵⁶ Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

⁵⁷ Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 1.

⁵⁸ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 34f.

⁵⁹ Stenvik, Are, *Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og-metoder*, s 543.

⁶⁰ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 11 och 402f.

⁶¹ Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s 11. Se även Ulfsdotter, *Den immaterialrättsliga utvecklingen i Sverige under åren 2012-2014-patenträtt, designrätt och skydd för företagshemligheter* s 61ff för en närmare redogörelse för den patenträttsliga utvecklingen.

⁶² För en närmare redogörelse för den internationella och EU-rättsliga harmoniseringen se Levin, *Lärobok i immaterialrätt* s 41ff samt Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och tillbörlig konkurrens*, s 10ff.

3.1.2 Överlappning mellan olika lagar

De olika lagarna på det immaterialrättsliga området har en hel del strukturella drag gemensamma, men tar sikte på olika typer av objekt. De olika skydden kan överlappa varandra och ett och samma objekt kan ges skydd med hjälp av fler olika lagar.⁶³ Överlappningarna märks kanske främst gällande bruksvaror. För den typen av varor kan utformningen potentiellt skyddas upphovsrättsligt, mönsterrättsligt och även varumärkesrättsligt i de fall utformningen har en särskiljande funktion.⁶⁴ En produkt som återkommande har behandlats i såväl inhemsk som europeisk praxis är ficklampan Mini-maglite. De prövningar som gjorts har rört olika typer av immaterialrättsligt skydd och även marknadsrättsligt skydd. De olika processerna illustrerar tydligt hur de olika skyddsformerna kan överlappa och komplettera varandra.⁶⁵

3.1.3 Gemensam problematik kring immaterialrättsligt skydd för koncept

3.1.3.1 Skydd för objekt och inte idéer

Problemet med att skydda helheter och koncept med hjälp av immaterialrätterna ligger främst i att de är skapade för att skydda specifika objekt. Objekt som är del av ett koncept kan skyddas, däremot kan de bakomliggande idéerna och konceptet som sådant inte skyddas immaterialrättsligt.⁶⁶ Då många olika delar av konceptet ifråga kan ges immaterialrättsligt skydd kan detta i och för sig förhindra en konkurrent från att efterlikna detsamma i alltför hög utsträckning. Ett konceptskydd uppkommer på detta sätt indirekt genom skyddet för de enskilda objekten.⁶⁷ För en näringsidkare som vill härma en annan näringsidkares koncept är det dock möjligt att stjäla de bakomliggande idéerna, under förutsättning att det faktiska utförandet inte inkräktar på immaterialrätternas skyddsomfång.

3.1.3.2 Kvalitetskrav

Ett allvarligt problem med att använda immaterialrätterna som konceptskydd är de olika kvalitetskrav som ställs upp för att skydd ska kunna ges. De olika komponenterna som ingår i ett koncept kan inte alltid uppfylla de krav som ställs. För att något ska kunna beviljas patent ställs det exempelvis upp krav på att det som ska skyddas ska vara nytt och ha uppfinningshöjd.⁶⁸ För upphovsrättsligt skydd krävs verkshöjd.⁶⁹ För

⁶³ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 22.

⁶⁴ Borgenhäll, *Dubbelt och flerdubbelt skydd – överlappande rättigheter angående bruksvaror*, s 559ff.

⁶⁵ För en närmare genomgång av de rättsliga processerna kring Maglite se Lidgard, *Swedish Copyright Evergreens Mini-maglite?*

⁶⁶ Renman Claesson och Wainikka, *Konstjuridik*, s 297.

⁶⁷ Stenvik, Are, *Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og-metoder*, s 548.

⁶⁸ 2 § 1st PL. Angående uppfinningshöjd se Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 295ff.

⁶⁹ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 85f samt Bernitz m.fl. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens* s 55.

varumärkesrättsligt skydd krävs särskiljningsförmåga.⁷⁰ När en näringsidkare bygger upp sitt koncept och en identitet kring sin verksamhet och sina produkter är det helheten, dvs. summan av alla de olika momenten tillsammans som skapar något unikt och skyddsvärt. De olika komponenterna i konceptet kan då vara alltför enkla för att leva upp till de kvalitetskrav som ställs upp.

3.1.3.3 Behovet av välutvecklade strategier

Som ett resultat av att immaterialrätterna är utformade som objektskydd krävs det många strategiska överväganden för att skapa ett någorlunda skydd för ett affärskoncept. I det i februari framlagda betänkandet *Ökat värdeskapande ur immateriella tillgångar*⁷¹ konstateras att företagets kompetens, sett ur ett brett perspektiv, är låg gällande immaterialrätt. Bristen på kunskap leder till att det inte finns förutsättningar för företag att utnyttja de olika möjligheter till värdeskapande som ges genom en strategisk hantering av immaterialrätter. Utredningen fokuserar främst på att avhjälpa detta problem genom olika typer av utbildande insatser och information till företagare, vilket är i enlighet med utredningens uppdrag.⁷² Enligt min mening framstår det dock som tydligt att det finns ett problem i det att immaterialrätten är ett väldigt komplext område med flera olika lagar som samspelar. Att som näringsidkare dels vara medveten om alla dessa olika lagar, dels förstå att utarbeta strategier för att uppnå en så hög skyddsnivå som möjligt framstår som svårt. Därmed blir skyddet i praktiken svårtillgängligt för andra än stora företag med specialiserade immaterialrättsliga-avdelningar eller resurser att ta in utomstående konsulter med relevant kompetens.

Kort kan nämnas att behovet av att arbeta med utvecklade strategier för att kunna skydda affärskoncept och skapa värde med hjälp av immaterialrätterna är uppmärksammat och erkänt. Samma problematik gör sig gällande även inom andra rättsordningar och är inte på något sätt unikt för Sverige.⁷³

3.1.3.4 Kostnadsfrågan

Att uppnå ett mer omfattande skydd med hjälp av immaterialrätterna kan bli mycket kostsamt. Majoriteten av skyddsformerna kräver registreringar och förnyelser vilka är förenade med kostnader. De kan även vara kostsamt att göra de undersökningar och det förarbete som krävs för att kunna sammanställa exempelvis en patentansökan. När det gäller varumärken

⁷⁰ 1 kap 4 § VmL. Se vidare Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 418ff samt Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 268ff.

⁷¹ SOU 2015:16.

⁷² SOU 2015:16 s 106.

⁷³ Se exempelvis Bainbridge och Howell, *Intellectual Property Asset Management*, främst s 148ff för en redogörelse över problematiken ur ett brittiskt perspektiv.

måste registreringar göras för ett flertal kategorier för att skyddet ska bli så omfattande som möjligt, även detta bidrar till att kostnaderna ökar.⁷⁴

3.2 Särskilt om varumärkesrätten och dess begränsningar

3.2.1 Inledning

Varumärkesrätten är enligt min mening den immateriella rättighet som är av störst intresse då det gäller skydd för ett koncept eller en uppbyggd identitet. Detta följer av att alla de investeringar som görs och den kommunikation som sker kring en verksamhet eller produkt ”hängs upp” på någon typ av symbol. Denna symbol fungerar som bärare av de värden som skapas. Det moderna arbetet med branding förutsätter att det finns varumärken som kan fungera som en bas för företags reklambudskap och investeringar i branding. Idag är det mycket ovanligt att produkter säljs anonymt (dvs. utan att vara försedda med varumärken).⁷⁵

Varumärket utgör den länk som förbinder ett företag med dess kundkrets. Det är själva länken som skyddas genom varumärkeslagstiftningen. Till kundkretsen som sådan ges inget skydd även om det är kundkretsen som utgör ”varumärkesrättens realekonomiska skyddsobjekt”.⁷⁶ Att varumärkets funktion numera omfattar mycket mer än att endast verka som individualiseringsmedel var en sådan omständighet som låg bakom den senaste moderniseringen av varumärkeslagstiftningen.⁷⁷

3.2.2 Okonventionella varumärken

Traditionellt sett har det främst varit ordmärken och symboler som använts som varumärken. Utvecklingen går dock emot en ökad användning av så kallade okonventionella varumärken, dvs. form, färg, doft och ljud. Dessa typer av kännetecken används i allt större utsträckning.⁷⁸ Eftersom lagstiftningen gällande varumärken är uppbyggd med de traditionella typerna av varumärke i åtanke kan det i en del fall uppstå svårigheter att ge dessa juridisk skydd. Problemen uppkommer dels gällande registrering då det kan vara svårt att uppfylla kravet på grafisk återgivning, dels i förhållande till kravet på särskiljningsförmåga.⁷⁹

⁷⁴ För en sammanställning över nu gällande avgifter se *PRV:s samlade avgifter*.

⁷⁵ Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 4.

⁷⁶ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 409.

⁷⁷ Prop. 2009/10:225 s 79.

⁷⁸ Det kan visserligen ifrågasättas om det verkligen är korrekt att räkna även form till kategorin av okonventionella varumärken då användningen av varumärken av sådant slag numera får anses vara tämligen konventionell.

⁷⁹ Lunell, *Okonventionella varumärken – form, färg, doft, ljud*, s 54ff.

3.2.3 Särskiljningsförmåga

Lagstiftarens utgångspunkt är att allt som kan fungera som särskiljande kan utgöra skyddsbära kännetecken i VmL:s mening⁸⁰ och det kan då enligt Levin även röra sig om ”hela koncept som förmedlas i ett komplicerat byggande av relationer till en kundkrets”.⁸¹ Kravet på särskiljningsförmåga innebär att det som används som varumärke ska kunna skilja varor eller tjänster som tillhandahålls i en näringsverksamhet från dem som tillhandahålls i en annan. Kravet gäller oavsett om fråga är om ett märke som ska registreras eller som blivit föremål för inarbetning. När bedömningen av huruvida kravet på särskiljningsförmåga är uppfyllt görs ska utgångspunkt tas i hur en normalt informerad och skäligen upplyst genomsnittskonsument skulle uppfatta saken.⁸²

EU-domstolen har i sin praxis uttalat att kravet på särskiljningsförmåga visserligen inte är högre ställt gällande 3D varumärken men att det kan vara svårare att visa särskiljningsförmåga eftersom konsumenterna inte är vana vid att uppfatta 3D varumärken som kännetecken i sig utan vare sig text eller logga.⁸³ Problemet i att visa särskiljningsförmåga för ett 3D varumärke är följaktligen att de ofta förekommer i samband med ord- eller symbolmärken. Swedish match lyckades nyligen visa på inarbetad särskiljningsförmåga för sina snusdosor med nedsänkbart lock. Framgången kom dock efter flertalet processer som illustrerar svårigheterna med att påvisa särskiljningsförmåga.⁸⁴

När det gäller varumärkesskydd för hela koncept är det enligt min mening just kravet på särskiljningsförmåga som utgör det största hindret. Även om ett helt koncept i och för sig kan ha särskiljningsförmåga kan detta i praktiken vara mycket svårt att visa. Ett koncept består av flertalet olika delar och det uppstår därmed svårigheter att visa på särskiljningsförmåga för konceptet som en helhet. Alla bitar som ingår i ett koncept är inte direkt synliga utemot kunder. Exempelvis kan det vara så att logistiken fungerar på ett visst sätt och att det finns en speciell typ av organisationsplan. Den exakta utformningen av sådana delar av koncept och identitetsbyggande är inte synligt för en kund på annat sätt att kunden upplever att servicen är god, leveranstiderna är korta osv. Känslor av sådan generell karaktär kan knappast vara särskiljande.

⁸⁰ Se 1 kap 5§ och 2 kap 5 § VmL. Jfr art 7.1b-d Varumärkesförordningen (Rådets förordning (EG) Nr. 207/2009 av den 26 februari 2009 om gemenskapsvarumärken) och art 3.1b-d Varumärkesdirektivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar).

⁸¹ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 411.

⁸² Se vidare, Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 418ff. Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 270.

⁸³ Se exempelvis C-136/02 P (Mag Instruments), jfr PBR:s uttalande i Mål nr 13-097-13-098 (Apple).

⁸⁴ Svea hovrätts dom 2015-01-23 i mål nr T-768-14 (Swedish Match – V2Tobacco). Se även *Nedsänkt lock gör snusdosor registrerbara*, Bandnews 1/2015 s 22-24.

3.2.4 Skyddsomfånget

Ensamrättens innehåll framgår av 1 kap 10 § VmL. Huvudregeln är att varumärkesanvändning kan förbjudas i fall då det finns likhet mellan både kännetecknet som används och varorna eller tjänsterna som kännetecknet används för. En förutsättning för detta är att det finns en förväxlingsrisk. Förväxlingsrisk omfattar situationen att användning av tecknet ifråga skapar en uppfattning om att det finns ett samband mellan den som använder tecknet och den som är innehavare av varumärket.⁸⁵

Bedömningen av om det finns en förväxlingsrisk eller inte ska utgå ifrån en genomsnittskonsument av den aktuella varan. Det rör sig om en helhetsbedömning som ska ta hänsyn till samtliga relevanta faktorer. Sådant som märkeslikhet, varuslagslikhet, faktisk användning, hur konsumentkretsen ser ut osv. är exempel på faktorer som kan tas med i bedömningen.⁸⁶ Bedömningen hänger delvis samman med det äldre varumärkets särskiljningsförmåga. Ju större denna är desto större risk för förväxlingsbarhet.⁸⁷

Om det råder dubbel identitet, dvs. identitet mellan såväl varumärke som produkt, behöver någon närmare bedömning av förväxlingsbarhet inte göras.⁸⁸

För välkända varumärken ges ett mer långtgående skydd.⁸⁹ Skyddet innebär att innehavaren av ett väl ansett varumärke kan hindra annan användning som drar fördel av det skyddade varumärkets renommé. Det krävs då inte att det rör sig om produkter av samma eller liknande slag.⁹⁰ För att omfattas av det utökade skyddet krävs det att varumärket i fråga har en mycket stark ställning på marknaden. I princip är det endast aktuellt ifråga om notoriskt kända varumärken.⁹¹ Det utökade skyddet för välkända varumärken innebär ett investeringsskydd på så sätt att omfattande investeringar i branding belönas med ett skydd som sträcker sig utöver de grundläggande skydden gällande dubbel identitet och förväxlingsrisk.⁹²

⁸⁵ 1 kap 10 § 2p. VmL. Se även art 5.1 b Varumärkesdirektivet.

⁸⁶ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 453ff.

⁸⁷ Bernitz, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 284ff.

⁸⁸ 1 kap 10 § 1p VmL. Jfr Varumärkesdirektivet, preambel p 11. Kring frågan om huruvida skyddet vid dubbel identitet verkligen ska vara absolut råder viss förvirring. Se C-323/09 (Interflora) och EU-domstolens resonemang kring varumärkets funktion. Se även Björkenfeldt, *Till frågan om varumärkets funktioner. Kommentar till Högsta domstolens dom den 9 juli 2014 (T 301/12) (Mon.Zon)*, s 289ff.

⁸⁹ 1 kap 10 § 3p. VmL. Art 5.2 Varumärkesdirektivet.

⁹⁰ Se exempelvis C-408/01 (Adidas/ Salomon), C- 292/00 (Davidoff II).

⁹¹ Maunsbach och Wennersten, *Grundläggande immaterialrätt*, s 125.

⁹² Spångberg, *Investeringsskyddet inom varumärkesrätten. Är skyddet för kända märken bara imaginärt?*, s 610f.

3.2.5 Kravet på grafisk återgivning

Ensamrätt till ett varumärke kan uppkomma dels genom registrering, dels genom inarbetning.⁹³ För att registrering ska kunna ske krävs det att kännetecknet i fråga ska kunna återges grafiskt.⁹⁴ Detta innebär svårigheter att registrera exempelvis dofter och ljud.⁹⁵ Det är i teorin möjligt att registrera varumärken som inte kan uppfattas visuellt. I praktiken kan det dock vara mycket svårt. För att en ansökan ska kunna godtas krävs att återgivningen i ansökan är ”klar, precis, fullständig i sig själv, lättillgänglig, tydlig, beständig och objektiv”.⁹⁶ Kravet på grafisk återgivning har under de senaste åren kritiserats och kommissionen har lagt fram förslag om att kravet ska slopas.⁹⁷

Kännetecknen som inte är registreringsbara kan fortfarande ges skydd genom inarbetning.⁹⁸

3.2.6 Skydd för butiksinredningar. Om Apples försök att varumärkesregistrera sin butiksinredning

3.2.6.1 Omständigheterna i fallet

En ny trend som kan skönjas är att företag vill varumärkesregistrera sina butiksinredningar. Inte helt oväntat är det Apple som har gått i bräschen för utvecklingen. Apple har till viss del nått framgång med sina försök. I USA godkände United States Patent and Trademark Office⁹⁹ Apples ansökan i november 2010. Ritningen som bifogades ansökan var flerfärgad och avbildade inredningen i Apples så kallade ”flagship stores”. Varumärkesregistreringen gjordes för tjänster i klass 35¹⁰⁰ i Niceöverenskommelsen.¹⁰¹ Apple lämnade senare in ansökningar för att utvidga skyddet för varumärket internationellt i enlighet med Madridöverenskommelsen.¹⁰² I Tyskland stötte Apple på motstånd då DPMA (den tyska patent- och varumärkesmyndigheten) i januari 2013

⁹³ 6 och 7 § VmL.

⁹⁴ 1 kap 4 § VmL.

⁹⁵ Lunell, *Okonventionella varumärken – form, färg, doft, ljud*, s 160ff och s 192ff.

⁹⁶ C-273/00 (Sieckmann) p 55. Målet handlade om ett försök att registrera doften av kanel genom att återge den kemiska formeln, ge en skriftlig beskrivning samt lämna ett doftprov.

⁹⁷ COM/2013/162, s 6. Detsamma har föreslagits gällande gemenskapsvarumärken, se COM/2013/161, s 7. För närmare redogörelse kring kritiken mot kravet på grafisk återgivning se Max Planck Study.

⁹⁸ 1 kap 7 § VmL.

⁹⁹ Förenta staternas patent- och varumärkesmyndighet.

¹⁰⁰ Klass 35 står för ”detaljhandelstjänster avseende datorer, programvara, kringutrustning för datorer, mobiltelefoner, hemelektronik och tillbehör därtill samt demonstration av relaterade produkter”.

¹⁰¹ Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid varumärkesregistrering, antagen under den diplomatiska konferensen i Nice den 15 juni 1957, senast reviderad i Genève den 13 maj 1977 och ändrad den 28 september 1979.

¹⁰² Madridöverenskommelsen om internationell registrering av varumärken av den 14 april 1891, senast reviderad och ändrad den 28 september 1979.

beslutade att registreringen av det internationella varumärket inte skulle gälla i Tyskland. Apple överklagade beslutet till Bundespatentgericht som vilandeförklarande målet i väntan på förhandsavgörande angående tolkningen av artikel 2 och 3 i Varumärkesdirektivet.¹⁰³

3.2.6.2 EU-domstolens bedömning

EU-domstolen konstaterar i sitt förhandsavgörande att:

”Artiklarna 2 och 3 i Europaparlamentet och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar ska tolkas på så sätt att återgivandet av inredningen i en försäljningslokal, i form av en enkel ritning utan uppgifter om vare sig storlek eller proportioner, för varor kan registreras som varumärke för tjänster bestående i prestationer som rör dessa varor, men som inte utgör en del av utbudandet till försäljning av dem. Detta gäller under förutsättning att återgivandet är ägnat att särskilja varumärkessökandens tjänster från andra företags och att inget av de registreringshinder som anges i direktiv 2008/95 utesluter registrering.”¹⁰⁴

EU-domstolen fastslog därmed att det är fullt möjligt att varumärkesregistrera en butiksinredning och att det är det vanliga kravet på särskiljbarhet som ska gälla, samt att inga registreringshinder i övrigt föreligger. Angående kravet på särskiljningsförmåga konstaterade domstolen att sådan kan finnas i fall då en avbildad butiksinredning ”i betydande mån avviker från normen eller från vad som är sedvanligt i branschen”.¹⁰⁵ Frågan om huruvida Apples butiksinredningar uppfyller detta krav på särskiljbarhet verkar ännu¹⁰⁶ inte ha avgjorts av Bundespatentgericht.¹⁰⁷

3.2.6.3 Bedömningen i Sverige

I Sverige har Apples internationella varumärkesregistrering förklarats icke giltig till följd av bristande särskiljningsförmåga. Frågan behandlades först av PRV och efter överklagande även av PBR.¹⁰⁸ PBR godtog visserligen Apples argumentation för att genomsnittskonsumenten får antas vara särskilt uppmärksam med hänsyn till tjänsternas nära anknytning till ”kapitalvaror av teknisk karaktär”.¹⁰⁹ PBR menade dock att denna uppmärksamhet inte sträckte sig så långt som till inredningen i lokalen. PBR utgick sedan ifrån EU-domstolens uttalande om att särskiljningsförmåga kan finnas för en butiksinredning i de fall den ”i betydande mån avviker från normen eller vad som är sedvanligt i branschen”.¹¹⁰ PBR kom till slutsatsen att de element som bildade inredningen ingick i det som får anses utgöra

¹⁰³ C-421/13 (Apple) p 8–14.

¹⁰⁴ C 421/13 (Apple) p 31.

¹⁰⁵ C 421/13 p 20.

¹⁰⁶ Februari 2015.

¹⁰⁷ *APPLE marginellt före IKEA när Apples butiksinredning granskades*, Brandnews, 1/2015 s 30f.

¹⁰⁸ Avslagsbesluten är bifogade PBR:s dom som bilagor. Avslag gjordes både för den versionen av ritningen som var svart/vit och den som var stålgrå/blå.

¹⁰⁹ PBR Mål nr 13-097 och 13-098 (Apple) s 10.

¹¹⁰ C-421/13 (Apple) p 20. Jfr PBR Mål nr 13-097 och 13-098 (Apple) s 11.

traditionell utrustning inom elektronikbranschen. Det faktum att dessa element placerats och komponerats på ett speciellt sätt var inte tillräckligt för att ge inredningen ursprunglig särskiljningsförmåga. Nästa fråga för PBR att bedöma blev då huruvida butiksinredningen fått särskiljningsförmåga genom användning. PBR konstaterade att så inte var fallet och pekade bland annat på att Apple endast hade tre butiker i Sverige. Störst vikt lades vid den marknadsundersökning som återopats av Apple. I marknadsundersökningen fick respondenterna bl.a. frågan vilket företag de kom att tänka på då de fick se den aktuella ritningen. Endast 9 % av respondenterna svarade att de kom att tänka på Apple. 22 % svarade att de inte visste eller inte var säkra och hela 7 % svarade IKEA.¹¹¹

3.2.6.4 En ny utvecklingstendens

Även om Apple inte nådde någon framgång med sitt försök att registrera butiksinredningen som varumärke i Sverige så har de lyckats på annat håll. Spanien, Italien, Frankrike och Polen är exempel på länder i inom EU som accepterat registreringen.¹¹² Apple är inte heller det enda företaget som försöker få igenom registreringar av butiksinredningar som 3D varumärken. Både Vodafone och kosmetikaföretaget Kiko försöker nu få igenom sina EU-varumärkesregistreringar.¹¹³

3.3 Slutsatser

De olika immaterialrättsliga lagarna skyddar olika typer av objekt och företeelser. Om de olika skydden används i kombination med varandra är det möjligt att uppnå en relativt hög skyddsgrad för ett koncept. Det rör sig då inte om ett helhetsskydd, utan ett lappverk av olika skydd. Ett heltäckande skydd kan inte uppnås på detta vis eftersom många av de komponenter som ingår i ett koncept inte lever upp till de olika krav på kvalitet som ställs. Då de immateriella rättigheterna skyddar konkreta objekt och utföranden finns det inget hinder mot att en annan näringsidkare tar efter de bakomliggande idéerna. Under förutsättning att de olika komponenterna i ett efterliknande koncept inte inkräktar på skyddsfärena för det första konceptets komponenter är det därmed fritt fram för konkurrenter att ta efter varandras idéer och försöka efterlikna sättet på vilket idéerna förverkligas.

För att skapa och upprätthålla ett så heltäckande skydd som möjligt krävs det utvecklade strategier. Kostnaderna för att ta fram sådana kan bli höga. Att upprätthålla höga skyddsnivåer kan även vara förenat med mycket höga kostnader för varumärkesregistreringar, ansökningar om patent osv. Det kan därmed bli mycket dyrt för en näringsidkare som vill skydda sitt koncept med hjälp av immaterialrätterna eftersom det handlar om en rad olika

¹¹¹ PBR Mål nr 13-097 och 13-098 (Apple).

¹¹² PBR Mål nr 13-097 och 13-098 (Apple), s 7.

¹¹³ *APPLE marginellt före IKEA när Apples butiksinredning granskades*, Brandnews 1/2015 s 30f.

komponenter som måste skyddas. Därmed är det främst större företag som har råd att använda immaterialrätterna på ett effektivt sätt.

Varumärkesrätten är ett viktigt verktyg för en näringsidkare som vill skydda sig emot konkurrenter som vill ta efter ett koncept. Genom att använda sig av varumärket som en etikett på sin verksamhet kan situationen undvikas att en konsument misstar den härmande konkurrentens produkt eller verksamhet för ens egen. Varumärkesrätten kan på detta vis erbjuda en form av identitetsskydd för en verksamhet. Det som skyddas är inte de olika delarna av konceptet utan endast det specifika kännetecknen som fungerar som en form av avsändarangivelser.

Varumärkesrätten ställer upp begränsningar bland annat genom att det som skyddas måste ha särskiljningsförmåga. Många av de moment som näringsidkare själva uppfattar som särskiljande för sin verksamhet uppfattas sannolikt inte så av kunderna, i vart fall inte ursprungligen. Även om det i teorin är möjligt att ett helt koncept kan ha särskiljningsförmåga kan det vara mycket svårt för en näringsidkare att arbeta med sitt koncept på ett sådant sätt att alla olika komponenter uppfattas som särskiljande.

Den ökade användningen av okonventionella varumärken är ett tydligt tecken på att näringsidkare i allt högre grad försöker skydda sina koncept. Det uppstår dock ett flertal svårigheter med att få skydd för varumärken av denna typ. Kravet på grafisk återgivning är ett av dessa, att avskaffa detsamma hade inneburit en klar förbättring för företag som vill arbeta kreativt med branding och identitetsskapande.

För att ursprunglig särskiljningsförmåga ska föreligga för okonventionella kännetecknen krävs att det som ska registreras i betydande mån avviker från normen. Detta krav är självfallet begränsande men innebär även möjligheter för en kreativ näringsidkare som arbetar medvetet med sitt koncept för att skapa någonting unikt. Motiveringen till att 3D varumärken i betydande mån måste avvika från normen för att bedömas ha ursprunglig särskiljningsförmåga är att konsumenterna inte är vana vid att uppfatta den här typen av varumärken som just varumärken. En reflexion jag gör i anslutning till detta är att konsumentens förmåga att uppfatta även okonventionella varumärken som särskiljande i takt med att företag jobbar mer aktivt med dessa. En sådan utveckling tycker jag mig redan se gällande form som får sägas vara den minst okonventionella formen av okonventionella varumärken. I takt med att konsumenterna blir alltmer uppmärksamma borde därmed möjligheterna att kunna visa särskiljningsförmåga öka.

Även om en näringsidkare lyckas skapa ett koncept som har särskiljningsförmåga kan det uppstå svårigheter med att förhindra efterliknande. Skyddsomfånget är som huvudregel begränsat till användande som kan leda till förväxlingsrisk. En näringsidkare som vill efterlikna en annan näringsidkares koncept borde tämligen enkelt kunna undvika att en sådan risk uppkommer genom att medvetet utforma utvalda delar av konceptet på ett avvikande sätt. Exempelvis genom att använda en logga

som skiljer sig tydligt från den som används i den andre näringsidkarens koncept.

Att butiksinredningar kan bedömas ha särskiljningsförmåga får ses som ett erkännande av de insatser som företag idag lägger på att utveckla sina koncept och bygga sin identitet genom alla möjliga kommunikationsvägar, inklusive inredningen i butiker. En ritning som avbildar en butiksinredning omfattar en rad olika objekt och varumärkesrätten kan på detta sätt ge en viss typ av helhetsskydd. Som PRV:s dom visar kan det vara mycket svårt att visa att en butiksinredning har särskiljningsförmåga. Min uppfattning är att det också kan ifrågasättas vilken typ av skydd en registrering av en butiksinredning kan ge i praktiken. En näringsidkare som vill härma en annan näringsidkares butiksinredning borde sannolikt kunna efterlikna många av de olika objekt som omfattas av ritningen, samt den känsla som förmedlas av inredningen, utan att efterliknandet utgör ett intrång i varumärkets skyddssfär.

4 MFL:s skydd mot renommésnyltning

4.1 Inledning

MFL:s syfte är att främja konsumenternas och näringslivets intressen i samband med marknadsföring av produkter, samt att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.¹¹⁴ Den nu gällande MFL tillkom för att genomföra Europaparlamentets och rådets direktiv om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter.¹¹⁵ Näringsidkarskyddet faller utanför direktivet. Affärsmetoder som enbart skadar konkurrenters ekonomiska intressen omfattas följaktligen inte av direktivet.¹¹⁶ Att näringsidkarskyddet faller utanför den EU-rättsliga harmoniseringen innebär dels att det svenska skyddet i denna del har kunnat utformas fritt, dels att EU-domstolen inte kan svara på tolkningsfrågor i den mån det enbart är en näringsidkare som drabbats av en marknadsföringsåtgärd.¹¹⁷ Detta gäller inte i fall som rör jämförande reklam eftersom fall av sådan typ omfattas av direktivet om vilseledande och jämförande reklam.¹¹⁸

I Sverige har marknadsrättsliga förhållanden mellan näringsidkare kommit att spela en viktig roll. Enligt Levin avser över hälften av de avgöranden som sker enligt MFL fall av ifrågasatta illojala och oetiska beteenden i konkurrenssituationer. Som exempel lyfts fram renommésnyltning, vilseledande, efterbildning, misskreditering och oriktiga jämförelser.¹¹⁹ I mitten av 80-talet riktade Bernitz kritik mot att rättsområdet otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare framstod som outvecklat. Redan i titeln till artikeln som publicerats i JT benämner Bernitz den otillbörliga konkurrensen mellan näringsidkare som det glömda rättsområdet. Bernitz framför i sin artikel kritik på ett flertal punkter, bland annat pekar han på att MD ägnat näringsidkares intresse av skydd mot otillbörliga åtgärder från andra näringsidkare alltför lite uppmärksamhet.¹²⁰ Som framgår av Levins uttalande får Bernitz uttalande sedan länge anses daterat och området kan

¹¹⁴ 1 § MFL.

¹¹⁵ Direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenter på den inre marknaden och om ändring av direktiven 84/450/EEG, 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG och förordning (EG) nr 2006/2004. Prop. 2007/08:115 s 1 och s 53.

¹¹⁶ Prop. 2007/08:115 s 54.

¹¹⁷ Levin, *Marknadsföringslagen- en kommentar*, s13f.

¹¹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/114/EG av den 12 december 2006 om vilseledande och jämförande reklam. Detta är det enda skyddet mot otillbörliga affärsmetoder näringsidkare emellan som följer av EU-rätten. Se Levin, *Marknadsföringslagen- en kommentar*, s 172.

¹¹⁹ Levin, *Marknadsföringslagen- en kommentar*, s 13.

¹²⁰ Bernitz, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare- det glömda rättsområdet*, s 130.

inte längre pekats ut som bortglömt. Numera tvärt om det ett område som befinner sig i absolut framkant.

MD är i sina domar ofta mycket tydliga med att understryka att de endast prövar om de påtalade åtgärderna strider mot marknadsföringslagen och att denna bedömning sker fristående från den immaterialrättsliga.¹²¹ Reglerna om renommésnyltning kan därmed ge en näringsidkare skydd mot obehörig anknytning till deras varumärken i olika situationer som ligger utanför det varumärkesrättsliga skyddet mot varumärkesintrång.¹²² Även om den marknadsrättsliga bedömningen sker fristående från den varumärkesrättsliga är det uppenbart att domstolarnas bedömningar är starkt präglade av de varumärkesrättsliga bedömningarna.¹²³

4.2 Tillämplig på marknadsföring

MFL är tillämplig då näringsidkare marknadsför, eller själv efterfrågar, produkter i sin näringsverksamhet.¹²⁴ Med marknadsföring avses reklam och andra åtgärder i näringsverksamheten som är ägnade att främja avsättningen av och tillgången till produkter. En näringsidkares handlande, underlåtenhet eller någon annan åtgärd eller beteende i övrigt före, under eller efter försäljning eller leverans av produkter kan vara marknadsföring.¹²⁵ Att exponera eller passivt tillhandahålla en vara i butik eller på en websida kan även det räknas som marknadsföring.¹²⁶ Avgörande för huruvida något ska ses som marknadsföring eller ej är om det finns ett kommersiellt syfte.¹²⁷

Wainikka har uppmärksammat att MFL visserligen sägs omfatta alla former av marknadsföring. Reglerna i MFL är dock utformade utifrån en traditionell syn på marknadsföring. Det har inte fullt ut prövats ifall alla nya former av marknadskommunikation (som exempelvis användandet av talespersoner eller att skicka gåvor till kända personligheter i hopp om att de ska synas när de använder produkten i fråga) ska utgöra marknadsföring i lagens mening. Detta menar Wainikka leder till svårigheter att ingripa då ett företag efterliknar ett annat företags kommunikationssätt.¹²⁸

4.3 Alternativa grunder

För en näringsidkare som vill förhindra att en annan näringsidkare kopierar det koncept eller den identitet som byggts upp kring en verksamhet ger MFL en rad olika möjligheter att komma åt agerandet på. Vilka bestämmelser som kan tillämpas är beroende av ”hur nära” den härmande

¹²¹ Se exempelvis MD 2011:1 (KappAhl/WeSC), MD 2011:27 (Lilla Åland).

¹²² Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 368.

¹²³ Nordell, *Efterbildningar och renommésnyltning i Marknadsdomstolen. En kommentar till MD 2006:19 (Vi)*, s 213.

¹²⁴ 2 § MFL.

¹²⁵ 3 § MFL.

¹²⁶ Prop. 2007/08:115 s 142.

¹²⁷ Levin, *Marknadsföringslagen – en kommentar* s 21.

¹²⁸ Wainikka, *Att skydda innovationer – affärer, risker och möjligheter*, s 86.

näringsidkaren väljer efterlikna konceptet och brandingmetoderna. Enligt punkt 13 i den svarta listan¹²⁹ är det förbjudet att ”sälja en produkt som liknar en annan produkt, som görs av en särskild tillverkare, på ett sätt som avsiktligt förespeglar konsumenten att produkten är gjord av samma tillverkare, trots att så inte är fallet”.¹³⁰ Bestämmelsen kan sägas handla om en form av renommésnyltning i snäv bemärkelse och blir tillämplig då det gäller mer flagranta typer av efterbildning.¹³¹ Vilsedande marknadsföring är förbjuden om den är otillbörlig och den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹³² De två formerna av vilsedande som är av störst intresse för uppsatsens frågeställning är vilsedande efterbildningar och vilsedande om kommersiellt ursprung. Angående vilsedande efterbildningar gäller att sådana förbjuds om de är förväxlingsbara med en annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Detta gäller inte om efterbildningarnas utformning har ett i huvudsak funktionellt syfte.¹³³

Renommésnyltning är en form av otillbörlig marknadsföring som står i strid med god marknadsföringssed.¹³⁴ Det är renommésnyltning enligt generalklausulen som är den rättsliga figur som ska diskuteras i den fortsatta framställningen. Det ska uppmärksammas att renommésnyltning i praktiken ofta hävdas parallellt med de övriga förbudsgrunderna. Kan ett agerade/en framställning konstateras falla in under någon av de specifika bestämmelserna görs oftast ingen vidare prövning av om det också föreligger renommésnyltning.¹³⁵ Renommésnyltning har traditionellt sett hävdats som en alternativ grund till de specificerade formerna av vilsedande.¹³⁶ I senare praxis har det dock förekommit fall då renommésnyltning varit ensam grund för talan.¹³⁷

¹²⁹ Med svarta listan avses bilaga I till direktiv 2005/29/EG, se 4 § MFL. Bilagan finns återgiven i Tillkännagivande (2008:487) med anledning av marknadsföringslagen (2008:486).

¹³⁰ P 13 svarta listan.

¹³¹ Levin, *Marknadsföringslagen—en kommentar*, s 64. Se även Prop. 2007/08:115 s 102f samt MD 2009:23 (Kättingmäster).

¹³² 8 § MFL.

¹³³ 14 § MFL.

¹³⁴ 5 § MFL.

¹³⁵ Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 366. Se exempelvis MD 2014:10 (Taxiskyltar) där ett taxibolags taksyltar ansågs vara vilsedande efterbildningar och MD därför avstod från att pröva frågan om renommésnyltning.

¹³⁶ Se exempelvis MD 2010:27 (Tip-Top).

¹³⁷ MD 2012:11 (Datoteket).

4.4 Renommésnylting enligt generalklausulen

4.4.1 Från konsumentskydd till skydd mot otillbörlig konkurrens näringsidkare emellan

Tidigare var möjligheterna för näringsidkare att komma åt renommésnylting med stöd av MFL starkt begränsade. Anledningen till detta var att det var intresset av att skydda konsumenterna som stod i fokus vilket ledde till att det främst var vilseledandeaspekten som kom att få betydelse vid bedömningarna av huruvida renommésnylting förelåg eller inte. Endast om ett agerande var ”ägnat att på ett förkastligt sätt suggerera allmänheten”¹³⁸ kunde detta komma att bli aktuellt.¹³⁹ I MD 1988:19 fastställde domstolen att det uttalande som fanns i propositionen till då gällande marknadsföringslag om att renommésnylting i första hand bör bygga på intresset av att skydda konsumenterna inte hindrar att ingrepp kan ske även mot sådan renommésnylting som kan anses otillbörlig mot en näringsidkare.¹⁴⁰ Efter detta uttalande har näringsidkarintresset kommit att beaktas i allt större utsträckning och begreppet renommésnylting har kommit att vidgas och moderniseras genom en rad avgöranden.¹⁴¹

Före 1999 fanns enbart ett fåtal avgörande gällande där MD fällt en reklamkampanj enbart på den grund att den varit renommésnyltande.¹⁴² I det så kallade Robinson-målet förbjöd MD OLW att marknadsföra Robinson-chips i nära anslutning till SVT:s tv-program Expedition Robinson. Marknadsföringen konstaterades inte vara vilseledande men utgjorde renommésnylting eftersom OLW genom sitt agerande snyltat på det *uppmärksamhetsvärde* som SVT skapat för sitt tv program.¹⁴³ Fallet har varit betydelsefullt av en rad olika anledningar och får sägas ha markerat genombrottet för en skärpt syn på renommésnylting.¹⁴⁴

För att renommésnylting ska kunna komma att bli aktuellt krävs det numera inte att det föreligger någon förväxlingsrisk, avgörande är istället att det rör sig om en marknadsföringsåtgärd som obehörigen anknyter till en annan näringsidkares välkända kännetecken.¹⁴⁵ Ett visst släktskap kan därmed sägas föreligga mellan renommésnylting och det utökade skyddet

¹³⁸ Prop. 1970:57 s 72.

¹³⁹ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, s 437.

¹⁴⁰ MD 1988:19 (Globen). Jfr prop. 1970:57 s 72.

¹⁴¹ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, s 437. Exempelvis kan nämnas MD 1999:21 (Robinson), MD 2002:28 (Santa Maria) och MD 2012:11 (Datoteket).

¹⁴² Nordell, *Renommésnylting i marknadsdomstolen*, s 651ff.

¹⁴³ MD 1999:21 (Robinson).

¹⁴⁴ Svensson m.fl. *Praktisk marknadsrätt*, s 444f. Se även Nordell, *Renommésnylting i marknadsdomstolen*, s 651ff.

¹⁴⁵ Från tidig praxis kan nämnas exempelvis MD 1996:3 (Galliano) och MD 1993:9 (Boss).

för välkända varumärken som följer av 1 kap 10 § 3p VmL och art 5.2 i varumärkesdirektivet.¹⁴⁶

4.4.2 Renommésnyltning idag

4.4.2.1 Om innebörden av renommésnyltning

Med renommé åsyftas det positiva anseende, image, uppmärksamhetsvärde eller goodwill som är kopplat till ett företag eller dess produkter. Renommé kan vara kopplat till en rad olika företeelser såsom varor eller produkter med ett speciellt utseende, tjänster med ett utmärkande innehåll eller karaktär, specifika personer, symboler eller andra typer av kännetecken. För att MFL ska vara tillämplig krävs det att det rör sig om kommersiellt renommé, dvs. att det renommé som avses har en koppling till en näringsverksamhet eller marknadsförda produkter.¹⁴⁷ Ett exempel från praxis där sådan koppling inte ansågs finnas är MD 1988:19 där ordet Globen inte ansågs vara ett kännetecken för Stockholms Arena AB:s varor eller tjänster. Det var därmed inte otillåtet för en annan näringsidkare att använda sig av namnet.¹⁴⁸

Renommésnyltning kan något förenklat beskrivas som ett utnyttjande av någon annans positiva image som medför en skaderisk för denne, som det finns anledning att fördöma.¹⁴⁹ Bernitz beskriver renommésnyltning mer ingående och definierar, med stöd av MD:s praxis, renommésnyltning på följande vis:

”Med renommésnyltning förstås att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkter, kännetecken, eller andra symboler, figurer eller specifika koncept, utan att det föreligger förväxlingsbarhet eller vilseledande i övrigt, t ex genom att skapa oberättigade associationer.”¹⁵⁰

Det otillbörliga ligger i det att den som snyltar drar nytta av den positiva uppfattningen hos konsumenterna som skapats av den andra näringsidkaren genom dennes insatser.¹⁵¹ Ett sådant utnyttjande är enligt MD:s praxis typiskt sett också ägnat att i en eller annan form skada den utsatte näringsidkaren och försämra konsumenternas marknadsöverblick.¹⁵² Att det inte krävs någon förväxlingsrisk framgår med all tydlighet av MD 2012:11. I fallet hade Datoteket, en firma som bl.a. sålde hemelektronik, använt en logga som liknade Apoteket AB:s logga. Apoteket byggde hela sin talan på

¹⁴⁶ Levin, *Marknadsföringslagen—en kommentar*, s 75.

¹⁴⁷ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, s 435f. Jfr ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation art 15: ”Marknadskommunikation får inte obehörigt utnyttja namn, namnförkortning, logotyp och/eller varukännetecken som tillhör ett annat företag eller en annan organisation eller institution. Marknadskommunikation får inte utformas så att det goda renommé (goodwill) som är förknippat med andra företags, organisationers, personers eller institutioners namn, kännetecken eller ensamrätt i övrigt, utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Detsamma gäller ifråga om utnyttjande, utan föregående medgivande, av renommé som andra upparbetat genom kampanjer.”

¹⁴⁸ MD 1988:19 (Globen) samt Svensson m.fl. *Praktisk marknadsrätt* s 442.

¹⁴⁹ Levin, *Marknadsföringslagen—en kommentar*, s 74.

¹⁵⁰ Bernitz m.fl., *Immateriellrätt och otillbörlig konkurrens*, s 365.

¹⁵¹ Bernitz m.fl., *Immateriellrätt och otillbörlig konkurrens*, s 365.

¹⁵² Prop. 2007/08:115 s 112, MD 2000:25 (Hästens), MD 2002:20 (Yoggi Champagne).

att användningen av Datotekets logotype utgjorde renommésnyltning. MD ansåg att påverkan bestod av risken för att de konsumenterna som såg Datotekets logga påtagligt uppvärderar företagets näringsverksamhet och produkter på grund av den association som då görs till Apotekets kända logotyp. Därigenom menade MD att det var i vart fall sannolikt att konsumenterna i märkbar mån påverkas i sina affärsbeslut, genom att exempelvis lockas till att besöka företagets butiker eller webbplats. MD ansåg således att det rörde sig om otillbörlig marknadsföring i form av renommésnyltning.¹⁵³

4.4.2.2 Kravet på faktiskt renommé

En förutsättning för att ett förfarande ska kunna utgöra otillbörlig renommésnyltning är att det som utnyttjats är känt på marknaden på så sätt att det förknippas med en annan näringsidkares verksamhet.¹⁵⁴ Det måste med andra ord finnas ett renommé som det går att snylta på. Skyddet mot renommésnyltning innebär därmed en möjlighet för näringsidkaren att ”försvara en marknadsposition som erövrats.”¹⁵⁵ Att kunna visa att det som utnyttjats varit känt på marknaden har i praxis visat sig svårt. Exempelvis lyckades inte WeSC visa att deras koncept var känt på marknaden och därmed utgjorde inte KappAhls användande av benämningarna WeKids och WeTweens renommésnyltning. I domen redogörs vidare för vad som kan läggas till grund för bedömningen av ”kändhet”.¹⁵⁶ Marknadsundersökningar, marknadsföringens omfattning och kostnaderna för densamma, försäljning, produktexponering i övrigt, produkten eller bolagets marknadsandelar, tid som kännetecknet funnits på marknaden samt vittnesuppgifter är sådant som kan vägas in vid bedömningen.¹⁵⁷

För att något ska anses vara bärare av renommé krävs det inte att någon marknadsföring sker vid tillfället för snyltning. I MD 2002:10 konstaterades Hemglass gjort sig skyldiga till renommésnyltning genom att lansera isglassen Hygglo. Isglassen ansågs snylta på det renommé som tillkom GB:s välkända glass Igloo. GB hade inte marknadsfört sin glass på över ett år men MD menade att detta inte innebar att glassen ifråga förlorat sitt goda renommé. Trots att de olika glassarna såldes på olika sätt (Igloo i vanliga butiker och Hygglo genom ambulering försäljning) ansåg MD att namnligheten tillsammans med den likartade utformningen på de båda produkterna var så påtaglig att det förelåg renommésnyltning.¹⁵⁸ Om en längre tid förflutit sedan det som hävdas vara bärare av renommé använts och exponerats på marknaden blir det dock svårare att visa att ett renommé fortfarande finns kvar.¹⁵⁹

¹⁵³ MD 2012:11 (Datoteket).

¹⁵⁴ Se exempelvis MD 2000:25 (Hästens), MD 2002:20 (Yoggi Champagne), MD 2003:16 (Brännvinskungen).

¹⁵⁵ Wainikka, *Att skydda innovationer–Affärer, risker och möjligheter*, s 87.

¹⁵⁶ ”Kändhet” är den term som används i MD:s domskäl.

¹⁵⁷ MD 2011:1 (KappAhl/WeSC).

¹⁵⁸ MD 2002:10 (Hygglo).

¹⁵⁹ MD 2003:34 (4:e oktober).

Att visa att något är känt på marknaden och förknippas med en näringsidkares verksamhet kan vidare vara mycket svårt om det rör sig om någonting vars utformning är huvudsakligen funktionellt betingad. I MD 2013:18 yrkade SMEKAB att konkurrenten QR skulle förbjudas att marknadsföra bilspärrar som enligt SMEKAB dels utgjorde vilseledande efterbildningar, dels snyltade på det renommé som SMEKAB:s bilspärrar hade. SMEKAB lyckades inte visa att bilspärrarna ifråga hade sådan särprägel som krävs för att det ska kunna vara fråga om en vilseledande efterbildning. MD fann att helhetsintrycket av bommarna var funktionellt betingat och inte hade särprägel. MD gick vidare och diskuterade huruvida renommésnyltning kunde anses föreligga och konstaterade då att "För att renommésnyltning ska anses föreligga förutsätts att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknyter till en annan näringsidkares verksamhet, produkt, kännetecken eller liknande. Ytterligare ett villkor är att det som utnyttjas är så välkänt på marknaden att det förknippas med den andre näringsidkarens renommé". MD menade att bilspärrarna i fråga inte genom sin utformning kunde vara bärare av renommé eftersom de konstaterats sakna särprägel. Eftersom SMEKAB inte hävdade att renommésnyltningen skulle bestå av något annat än just produktlikheten kunde talan inte bifallas.¹⁶⁰

Hela koncept kan anses vara tillräckligt kända på marknaden för att renommésnyltning ska kunna föreligga med referens till konceptet i helhet. I MD 2002:28 ansågs att Santa Marias produktkoncept som helhet var både särpräglad och välkänt på marknaden. Då kärandens förpackning av köttfärsflarn vid en helhetsbedömning ansågs vara slående lik Sankta Marias förpackningar gjordes bedömningen att konsumenterna vid ett flyktigt påståande sannolikt skulle associera till Sankta Marias sortiment. Det ansågs inte finnas någon förväxlingsrisk eftersom varorna i fråga inte ansågs vara utbytbara (Sankta Maria sålde inte köttfärsflarn). Även det klassiska Robinson-målet visar på hur ett helt koncept kunde skyddas mot renommésnyltning till följd av att konceptet blivit mycket välkänt på marknaden.¹⁶¹

4.4.2.3 Om påföljderna vid renommésnyltning

Frågan om att införa ett uttryckligt förbud mot renommésnyltning diskuterades i förarbetena till 1995 års MFL. Regeringen ansåg då att sådana fall kunde angripas med hjälp av generalklausulen.¹⁶² Regeringen menade att en förutsättning för att införa ett uttryckligt förbud var att det måste gå att "isolera och konkret beskriva de inslag i en sådan åtgärd som medför att åtgärden blir otillbörlig mot konsumenterna och andra näringsidkare".¹⁶³ Den praxis som bildats av MD vid denna tidpunkt ansågs

¹⁶⁰ MD 2013:18 (SMEKAB), jfr MD:s resonemang i MD 1993:26 (Hemglass).

¹⁶¹ MD 1999:21 (Robinson).

¹⁶² Prop. 1994/95:123 s 76f.

¹⁶³ Prop. 1994/95:123 s 77.

inte vara tillräcklig för att ligga till grund för utformningen av ett sådant förbud.¹⁶⁴

Renommésnyltning regleras alltså inom ramen för generalklausulen (särskilda bestämmelser om renommésnyltning i samband med jämförande reklam finns dock).¹⁶⁵ Att någon specifik förbudsbestämmelse för renommésnyltning inte införts och att denna typ av agerande fortfarande ska behandlas inom ramen för generalklausulen framstår som något förvånande eftersom det numera utarbetats en relativt klar definition genom praxis.¹⁶⁶

Det kan tyckas vara ovidkommande i vilken typ av lagrum renommésnyltande ska regleras då huvudsaken är att det finns stöd för att förbjuda agerande som befinner sig inom ramen för renommésnyltande. En konsekvens av att det inte finns något särskilt lagrum som reglerar renommésnyltning är dock att alla de påföljdsbestämmelser som finns enligt MFL inte blir tillämpliga. Marknadsstörningsavgift kan exempelvis inte bli aktuellt för en näringsidkare som uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot generalklausulen.¹⁶⁷ För renommésnyltning enligt generalklausulen är det endast vitessanktionerade förbuds- eller informationsförelägganden som kan bli aktuella som påföljder.¹⁶⁸ Skadestånd enligt MFL kan endast dömas ut då det skett en överträdelse av ett sådant utfärdat förbud eller föreläggande.¹⁶⁹ Med den utveckling som skett där renommé tillmätts allt större betydelse är det enligt min mening märkligt att renommésnyltning inte skulle kunna leda till samma påföljder som exempelvis vilseledande efterbildningar.

För att ett ingripande ska kunna ske mot renommésnyltning krävs det inte att den som utsätts och den som snyltar är konkurrenter.¹⁷⁰ Det ställs inte heller något krav på uppsåt hos den som snyltar.¹⁷¹ Vidare behöver renommésnyltning inte leda till en direkt påvisbar skada för att kunna klassas som otillbörlig. Detta eftersom ett sådant krav i princip skulle leda till ett uteslutande av alla möjligheter till sanktioner eftersom det vanligtvis handlar om olika former av utnyttjande som leder till risk för en långsam urvattning av det uppbyggda goda anseendet. Det kan därmed vara svårt att

¹⁶⁴ Prop. 1994/95:123 s 77.

¹⁶⁵ 18 § p7 MFL. Prop. 2007/08:115 s 111.

¹⁶⁶ Prop. 2007/08:115 s 112. Se även Nordell, *Efterbildning och renommésnyltning i Marknadsdomstolen. Kommentar till MD 2006:19 (Vi)* s 218.

¹⁶⁷ 29 § MFL.

¹⁶⁸ Levin, *Marknadsföringslagen- en kommentar*, s 87.

¹⁶⁹ 37 § MFL.

¹⁷⁰ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, s 438. Se även MD 2012:11 (Datoteket) där ett hemelektronikföretag befanns snylta på ett apoteks renommé.

¹⁷¹ Levin, *Marknadsföringslagen- en kommentar*, s 75. Se dock Nordell, *Efterbildning och renommésnyltning i Marknadsdomstolen. Kommentar till MD 2006:19 (Vi)* s 217. Nordell menar att det visserligen inte ställs krav på varken uppsåt eller oaktsamhet för att renommésnyltning ska kunna göras gällande, men att detta stämmer dåligt överens med renommésnyltningens väsen. I praktiken menar Nordell att otillbörligheten påverkas av den medvetenhet med vilken åtgärden i fråga har vidtagits.

visa skada i samband med skadetillfället eftersom det handlar om skaderisker vars effekter syns långt senare.¹⁷²

4.4.2.4 Transaktionstestetets påverkan på bedömningen av renommésnyltning

Transaktionstestet infördes i MFL som till följd av kraven i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Testet ska genomföras vid tillämpning av generalklausulen samt i anslutning till de specifika bestämmelserna om vilseledande och aggressiv marknadsföring.¹⁷³ Enligt propositionen ska testet göras i två led. Först ska en prövning göras angående hur huruvida åtgärden i fråga strider mot god marknadsföringssed. I nästa steg bedöms om åtgärden har effekt på konsumentens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut.¹⁷⁴ Transaktionstestet i anslutning till generalklausulen kommer till uttryck i 6 § MFL. Enligt detta lagrum ställs krav på att marknadsföringen ”i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut”.¹⁷⁵

I doktrin har diskuterats huruvida införandet av transaktionstestet medfört att det skett en viss tillbakagång till det tidigare synsättet att det är vilseledandeaspekten som ska vara avgörande för huruvida renommésnyltning ska anses otillbörligt.¹⁷⁶ Regeringen menade vid införandet av MFL att transaktionstestet inte skulle medföra någon förändring av rättsläget gällande renommésnyltning. Regeringens resonemang i denna del utgick från vad MD i fastställt i ett flertal tidigare avgöranden, nämligen att renommésnyltning typiskt sett innebär en försämring av konsumenters marknadsöverblick. En sådan försämring bör enligt regeringen innebära en sådan påverkan på konsumenters förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut att transaktionstestet uppfylls och generalklausulen kan tillämpas.

Även om regeringen var av åsikten att införandet av transaktionstestet inte skulle innebära någon förändring av rättsläget gällande renommésnyltning flaggades det ändå för att det ytterst är domstolarna som avgör hur generalklausulen ska tillämpas i det enskilda fallet.¹⁷⁷ Domstolarna har sedermera följt de uttalande som gjorts i propositionen och transaktionstestet har därmed ännu inte medfört någon synlig förändring av rättsläget gällande renommésnyltning.¹⁷⁸

Trots att domstolarna hittills följt vad som sagts i propositionen är det inte uteslutet att en förändring skulle kunna ske i framtiden. Det finns en

¹⁷² Levin, *Marknadsföringslagen- en kommentar*, s 75.

¹⁷³ 6,7 och 8 § MFL.

¹⁷⁴ Prop. 2007/08:115 s 111.

¹⁷⁵ 6§ MFL.

¹⁷⁶ Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, s 437.

¹⁷⁷ Prop. 2007/08:115 s 111-113.

¹⁷⁸ MD 2008:15 (Maglite), MD 2012:11 (Datoteket) p 24-27. Se även Nordell, *Transaktionstestet och dess tillämpning i marknadsdomstolens praxis*, s 551.

osäkerhet kring huruvida det kommer vara möjligt för MD att även fortsättningsvis stå fast vid sin låga tröskel för när transaktionskravet ska anses uppfyllt i fall av renommésnyltning om EU-domstolen i sin praxis angående transaktionstestet skulle komma att ställa högre krav.¹⁷⁹

Nordell har ifrågasatt transaktionstestets tillämplighet i fall som rör renommésnyltning. Eftersom renommésnyltning som sådan inte direkt omfattas av direktivet om otillbörliga affärsmetoder menar Nordell att MD haft frihet att slå fast att ett transaktionstest inte behövt göras i fall gällande renommésnyltning.¹⁸⁰ Nordell har sträckt sig så långt som att hävda att Sveriges införande av transaktionstestet även gällande renommésnyltning skulle kunna strida mot Sveriges åtaganden enligt Pariskonventionen.¹⁸¹

4.5 Renommésnyltning och skydd mot efterliknande av koncept

4.5.1 Hemglass-fallet

4.5.1.1 Omständigheterna i fallet

I MD 1993:26 fick Marknadsdomstolen anledning att pröva frågan om renommésnyltning i förhållande inte bara till enstaka efterbildningar utan i fråga om efterliknande av ett helt koncept. I fallet stämde Hemglass (käranden) Glassbilen (svaranden) och yrkade att Glassbilen vid vite skulle förbjudas att marknadsföra glass med anledning av att Glassbilens koncept i flera avseenden var snarlikt Hemglass. Hemglass menade att Glassbilen genom sin snarlika utformning av sitt koncept otillbörligen utnyttjade Hemglass anseende samt att det rörde sig om vilseledande om kommersiellt ursprung.

Hemglass pekade ut en rad olika moment där Glassbilen utformat sitt koncept i nära överensstämmelse med Hemglass. Glassbilen sålde precis som käranden sin glass från blå skåpbilar. Bilarna var vidare utrustade med reklamskyltar och reklamljus placerade på samma sätt som på Hemglass bilar. Bilarna hade en ljudsignal som Hemglass menade var uppbyggd på samma sätt och hade tonlikhet med Hemglass ljudsignal. Presentationen av glassortimentet på bakluckan liknade Hemglass. Direktreklambladen som Glassbilen använde var i samma format som Hemglass och sortimentsbeskrivningen var av samma storlek. Även beteckningar på enskilda produkter menade var snarlika Hemglass produktnamn. Hemglass anförde följande:

¹⁷⁹ Steen, *Genomsnittskonsumertens snedvridna ekonomiska beteende – konsekvenserna av ett svenskt införlivande av direktivet om otillbörliga affärsmetoder*, s 635.

¹⁸⁰ Nordell, *Utvecklingen på immaterialrättens område i Sverige 2008-2010*, s 560ff.

Uttalandet var en reaktion på MD 2008:15 (Maglite) som var det första fallet där MD fick möjlighet att applicera transaktionstestet.

¹⁸¹ Nordell, *Transaktionstestet och dess tillämpning i marknadsdomstolens praxis*, s 557.

”Det särskilt anmärkningsvärda i Glassbilens förfarande är att man konsekvent har efterliknat Hemglass under lång tid utvecklade koncept i alla dess viktiga delar. Osjälvständigt har man tillgodogjort sig Hemglass marknadsföring. Med ytterst närgånget efterliknande försöker man föra över konsumenternas föreställning om Hemglass till Glassbilen. Det har funnits många sätt att utforma Glassbilens sortiment och marknadsföring, men man har valt Hemglass. Glassbilens förfarande är således otillbörligt mot konsumenterna inte bara p.g.a. risken för vilseledande om det kommersiella ursprunget. Förfarandet innebär även att Glassbilen snyltar på Hemglass sedan länge inarbetade och goda renommé på marknaden, varför förbud mot Glassbilen skall meddelas även på den grunden att förfarandet är otillbörligt mot en annan näringsidkare - Hemglass.”¹⁸²

4.5.1.2 Vilseledande om kommersiellt ursprung:

MD kom till slutsatsen att de olika momenten inte var för sig kunde ge upphov till vilseledande om kommersiellt ursprung. MD uppmärksammade att Glassbilens marknadsföring *som helhet* hade fått en form som låg mycket nära Hemglass. Visserligen konstaterade MD att de olika inslagen i Hemglass marknadsföring *tillsammans måste anses ha en större särskiljningsförmåga än varje inslag för sig*, men att de olika inslagen inte heller tillsammans haft en i första hand särskiljande funktion. MD menade att de olika momenten fick ses som naturliga beståndsdelar som byggde på iden att sälja glass från ambulerande bilar och menade att ”Marknadsföringsmetoder av detta slag måste normalt, om inte annat följer av särskild lagstiftning, med hänsyn till det allmänna intresset av effektiv konkurrens få användas av envar”.¹⁸³ MD gjorde därmed bedömningen att Glassbilens marknadsföring inte kunde anses vilseledande om kommersiellt ursprung.

4.5.1.3 Renommésnyltning

Gällande frågan om renommésnyltning tog MD i beaktande den marknadsundersökning som gjorts av Hemglass och som visat att en stor majoritet av konsumenterna förknippat en bil som stannar och spelar en melodislinga med Hemglass. MD menade att Glassbilen troligen drog fördel av associationen mellan Hemglass och försäljningen av glass i bostadsområden, men att likheterna i bolagens marknadsföring till väsentlig del var betingad av verksamhetens art. Eftersom Glassbilen inte använt kännetecknen som både förknippats med Hemglass och haft särprägel kom MD till slutsatsen att ett otillbörligt utnyttjande av Hemglass anseende inte kunde anses ha skett. Marknadsföringsåtgärderna ansågs inte stridande mot god affärssed.

4.5.1.4 Analys och kommentarer till fallet

Fallet illustrerar tydligt vilka problem som finns för att skydda ett koncept med hjälp av marknadsrätten. Svårigheterna ligger i den vikt som läggs vid

¹⁸² MD 1993:26 (Hemglass) s 4.

¹⁸³ MD 1993:26 (Hemglass) s 10.

de olika komponenterna var för sig. Om de olika komponenterna inte kan skyddas var för sig blir det mycket svårt att ge ett skydd för helheten.

Hemglass hade under 25 år byggt upp sitt koncept och en goodwill som var knuten till konceptet. När Glassbilen sedan startade sin verksamhet kunde de åka snålskjuts på Hemglass koncept på så vis att konsumenter redan hade en kännedom om konceptet och hade en rad föreställningar om hur detta fungerade. Även om det kanske inte fanns en direkt risk för att en konsument skulle mista en av Glassbilens bilar för en från Hemglass så bidrog den inarbetade goodwill och det goda renommé som fanns i anslutning till Hemglass högst sannolikt till att konsumenter fick positiva associationer även i koppling till Glassbilen.

Marknadsdomstolens dom blev mycket omdebatterad och kritiserad då den kom.¹⁸⁴ Kritiken var dock inte odelat negativ. Advokat Peter Danowsky (som i målet biträdde Hemglass) har i efterhand framfört åsikten att marknadsdomstolens dom varit framsynt. Danowsky motiverar denna åsikt med att:

”Det är viktigt att skyddet för affärskoncept inte utvecklas till ett konkurrenshinder och marknadsdomstolen är inne på just de tankegångarna. Att det i det enskilda fallet mellan Glassbilen och Hemglass franchisetagare fanns en brist på lojalitet är en annan fråga och den upprörde parterna stort. Man om man tittar på saken från en principiell utgångspunkt om skyddet för affärskoncept, så tycker jag att det sätt som marknadsdomstolen hanterade det på är, som jag nyss sa, framsynt. Jag tror inte att det sett från ett samhällsperspektiv finns ett skyddsbehov som går längre än vad vi kan härleda ur varumärkesrätten och upphovsrätten.”¹⁸⁵

Med tanke på hur MD:s praxis har utvecklats är det möjligt att fallet idag skulle ha bedömts annorlunda.¹⁸⁶ Särskilt med beaktande av Robinson-målet, och den fokus som efter detta kommit att ligga på snyltande på uppmärksamhetsvärde, tror jag att det är sannolikt att MD idag skulle ha behandlat frågan annorlunda. Att MD uttalat att det har betydelse för helhetsbedömningen att flera olika moment efterliknas öppnar en dörr för att skydda helheter.

Att MD kommer till slutsatsen att renommésnyltning inte kan anses föreligga då de olika momenten i sig är en följd av verksamhetens art är visserligen rimligt. Enligt min mening kan det dock ifrågasättas att MD bedömer de olika momenten som betingade av verksamhetens art. En strängare bedömning av vad som anses vara betingat av verksamhetens art är enligt min mening rimligt i ett fall som detta när ett helt koncept efterliknats och det utan några större ansträngningar hade varit möjligt för

¹⁸⁴ Se exempelvis Bernitz, *Förväxlingsbart utnyttjande av kännetecken och marknadsföringskoncept*, s 540-545.

¹⁸⁵ Stenvik, Are, *Rättsligt skydd för affärskoncept och metoder*, s 218f.

¹⁸⁶ Denna uppfattning delas av Stenvik. Se Stenvik, Are, *Rettsbeskyttelse av forretningskoncepter og –metoder*, s 563.

den härmande näringsidkaren att differentiera sig från den första.¹⁸⁷ I detta fall hade det exempelvis varit enkelt för Glassbilen att välja att måla sin skåpbil i en annan färg, döpa sina glassar annorlunda osv. Stenvik har framfört att sådana krav inte kan sägas skada konkurrensen i något större utsträckning.¹⁸⁸

4.5.2 Konceptskydd efter Hemglass-fallet

I senare praxis har det inte uppkommit något lika tydligt exempel på när en näringsidkare försökt att kopiera en annan näringsidkares koncept. Ett fall som kan uppmärksammas är dock MD 2012:10 Jultidningsfallet. Jultidningsförlaget Semic AB (Jultidningsförlaget) menade att Earbooks AB:s marknadsföring av arbetstillfällen för försäljning av jultidningar utgjorde vilseledande efterbildning av Jultidningsförlagets marknadsföring och affärsmodell samt att utformningen av marknadsföringsmaterialet i kombination med användningen av namnet ”Julförlaget” även utgjorde renommésnyltning. Jultidningsförlaget lyckades inte visa att de olika delarna som påstods ha utnyttjas var kända på marknaden varpå deras talan föll redan på denna grund.¹⁸⁹

Även om fallet inriktade sig på den faktiska utformningen av fysiskt marknadsföringsmaterial är det tydligt att det som Jultidningsförlaget försöker stoppa är en efterapning av hela den affärsmodell och det koncept som Jultidningsförlaget byggt upp. På detta vis finns stora likheter med Hemglassfallet. Fallet visar även på de särskilda svårigheter som uppstår att bevisa att något är känt på marknaden när det rör sig om företeelser som inte traditionellt sett används som igenkänningstecken.¹⁹⁰

4.6 Slutsatser

Det marknadsrättsliga skyddet mot renommésnyltning har stor potential att verka som ett effektivt konceptskydd. Den utveckling som skett av skyddet för renommésnyltning får till viss del sägas ha följt utvecklingen av synen på vikten av branding. Genom att det inte krävs att det föreligger någon förväxlingsrisk för att renommésnyltning ska kunna göras gällande kan skyddet utsträckas längre än vad som är möjligt genom VmL, även i fall då det inte rör sig om särskilt välkända varumärken. Detta innebär självfallet stora möjligheter för mindre företag och verksamheter att kunna ingripa mot en annan näringsidkares snyltande beteende.

¹⁸⁷ Jfr Bernitz, *Förväxlingsbart utnyttjande av kännetecken och marknadsföringskoncept*, s 544f. Bernitz menar att det bör kunna ställas högre krav på näringsidkare att utnyttja de variationsmöjligheter som finns.

¹⁸⁸ Stenvik, Are, *Rättsligt skydd för affärskoncept och metoder*, s 225.

¹⁸⁹ MD 2012:10 (Jultidningsförlaget), se främst p 107 och p 118.

¹⁹⁰ Resonemanget liknar det som förs ovan i kap 3 kring konsumenters förmåga att uppfatta 3D varumärken som just varumärken.

Definitionen om vad som ska utges vara marknadsföring är mycket bred och kan tänkas omfatta en rad av de olika ageranden som får plats inom ramen för branding. Trots detta kan det enligt min mening vara tveksamt hur långt det går att sträcka ut kravet på det bakomliggande kommersiella syftet. Många av de åtgärder som sker inom ramen för branding idag har inte som direkt syfte att få till stånd en omedelbar försäljningsökning utan syftar istället till att bygga upp långsiktiga relationer som ska generera ökad ekonomisk avkastning längre fram och under en längre tid.

Det finns en rad olika faktorer som kan orsaka svårigheter för en näringsidkare som vill ingripa mot en annan näringsidkare och dennes efterhärmingar. Något uppsåt att renommésnylta måste visserligen inte finnas men det krävs att det som efterliknas är i besittning av renommé. Vid bedömningen av om någonting är känt på marknaden kan sådant som hur stora investeringar som gjorts i marknadsföringsåtgärder och hur länge produkten i fråga funnits på marknaden vägas in. Detta innebär svårigheter för näringsidkare som precis startat upp sin verksamhet eller som inte har särskilt stora resurser att satsa på marknadsföring. Det är därmed lättare för stora företag att både bygga upp och visa att det finns ett renommé. Trots detta är det inte enkelt ens för sådana företag som är väletablerade och har stora summor att satsa på marknadsföring att visa att det finns ett renommé. Det som måste visas är inte att det finns ett renommé som är kopplat till företaget i sig utan till det specifika som efterhärmingen avser. Att WeSC inte lyckades visa att det fanns renommé för WE-konceptet är ett talande exempel. Sådant som hur kundbemötande sker har inte varit föremål för prövning.

Kravet att visa att det som efterhärmas är i besittning av renommé innebär att det i praktiken är mycket svårt att visa på att exempelvis en viss typ av bemötande skulle vara sammankopplat med en viss näringsidkare och dennes verksamhet, även om det teoretiskt sett är möjligt.

Renommésnyltning kan inte användas för att skydda sådant som inte är utåt synligt för kunder eftersom de då inte kan förknippa detsamma med näringsidkaren. Hur administrationen och logistiken fungerar i en verksamhet kan således kopieras utan att renommésnyltning kan göras gällande. Om logistiken sker på ett visst sätt kan det i och för sig påverka hur kunder upplever den service som ges, exempelvis att leveranserna är snabba. Det goda anseendet är i ett sådant fall inte direkt kopplat till hur de snabba leveranserna möjliggörs och metoderna kan därmed inte skyddas från efterhärming med hjälp av skyddet mot renommésnyltning.

I praxis har det fler gånger förekommit att näringsidkare har lyckats med att visa på renommé för hela koncept. Det har också förekommit flera fall där renommé inte ansetts finnas till följd av att de olika delarna i koncepten varit huvudsakligen funktionellt utformade. Jag delar visserligen MD:s uppfattning om att något som är i huvudsak funktionellt betingat inte ska anses vara renommésnyltande. Däremot ifrågasätter jag hur MD gjort sina bedömningar angående vad som är funktionellt betingat. Gällande

efterhärmingar av hela koncept borde det kunna ställas större krav på att den näringsidkare som efterliknar en annan näringsidkares koncept utnyttjar de möjligheterna till variation som finns. I Hemglassfallet hade exempelvis en annan grafisk profil kunnat väljas för reklambladen, en annan färg på bilarna hade kunnat fungera lika bra som blå osv.

Om de olika moment som efterliknas inte är i huvudsak funktionellt betingade finns det större möjligheter för en näringsidkare att kunna göra renommésnyltning gällande. MD öppnade i Hemglassfallet för att de olika delarna tillsammans får anses ha större särskiljningsförmåga än de olika delarna var för sig. Därmed borde möjligheterna att hävda renommésnyltning öka beroende på hur stora delar av konceptet som efterliknas.

Även om möjligheterna till skydd mot renommésnyltning idag är stora kan det inte uteslutas att en framtida utveckling i EU-domstolens praxis skulle kunna påverka hur transaktionstestet ska tillämpas. Eftersom den EU-rättsliga harmoniseringen inte omfattar marknadsföring som är otillbörlig mot näringsidkare borde det enligt min mening vara önskvärt att bryta ut renommésnyltning ur generalklausulen och på så vis kunna avskaffa transaktionstestet i anslutning till denna bestämmelse.

Att bryta ut förbudet mot renommésnyltning öppnar även möjligheter för att sanktionera detta förbud på samma vis som övriga specifika förbud i MFL. Ett skadestånd kan med gällande ordning dömas ut först vid en överträdelse av ett redan utdömt förbud. Detta innebär att en näringsidkare kan härma en annan näringsidkares koncept utan att råka ut för allvarigare påföljd än utfärdande av ett förbud. Det går därmed att ”chansa” och se vart gränsen för renommésnyltning går utan att bli avskräckt av påföljderna om det skulle visa sig att agerande ifråga utgjort renommésnyltning. En sådan ordning är självfallet inte önskvärd. Kriterierna för när renommésnyltning ska anses föreligga är idag ordentligt utarbetade genom praxis och det framstår som mycket märkligt att inte hela spannet av åtgärder ska vara tillgängligt. Att renommésnyltning inte är sammankopplat med möjligheten till företagsbot skickar i de närmaste signaler om att ett agerande som är renommésnyltande inte är att anse som lika allvarligt eller klandervärt som exempelvis vilseledande efterbildningar. Ett sådant synsätt är inte enhetligt med den moderna synen på vikten av varumärkesarbete genom skapande av koncept och identiteter för företag och produkter.

5 Skyddet för företagshemligheter

5.1 Internationella åtaganden

Sverige är anslutet till två internationella överenskommelser som delvis berör skydd för företagshemligheter. Art 10 bis i *Pariskonventionen*,¹⁹¹ om krav på lagstiftning mot otillbörlig konkurrens, innebär att länder som antar konventionen åtar sig att ha *någon form* av skydd för företagshemligheter.¹⁹² *TRIPS-avtalet*¹⁹³ behandlar inte enbart de immaterialrättsliga ensamrätterna utan omfattar även en skyldighet för medlemsländerna att skydda företagshemligheter. I avtalet benämns detta som ”Protection of Undisclosed Information”.¹⁹⁴ Kraven och förutsättningarna för skydd anges i art 39. Sverige har ansetts leva upp till sina internationella åtaganden gällande skydd för företagshemligheter.¹⁹⁵

5.2 Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter

5.2.1 Inledning

Svensk rätt erkänner inte företagshemligheter som immaterialrätter i egentlig mening men de är nära besläktade.¹⁹⁶ I svensk rätt skyddas företagshemligheter främst genom FHL.¹⁹⁷ Av utrymmesskäl är det endast det företagshemliga skyddet genom FHL som ska behandlas i denna uppsats.¹⁹⁸ FHL trädde i kraft den 1 juli 1990 och ersatte därmed den

¹⁹¹ Senaste versionen är Stockholmstexten ifrån 1967.

¹⁹² Art 10 bis Pariskonventionen: ”(1)The countries of the Union are bound to assure to nationals of such countries effective protection against unfair competition”. Se vidare Wainikka, *Företagshemligheter - en introduktion*, s 14. Ståhlros, *Företagshemligheter - know-how*, s 53.

¹⁹³ Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights. Antaget inom ramen för WTO 1994. Såväl EU som Sverige är parter till avtalet.

¹⁹⁴ Jfr art 1.2 och art 39 TRIPS. En svensk översättning av TRIPS-avtalet återfinns i Prop. 1994/95:35 del C s 103ff. Engelskans ”undisclosed information” översätts där till ”företagshemligheter”.

¹⁹⁵ Tveksamheter råder visserligen kring möjligheterna till bevissäkring. Jfr Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 584 samt SOU 2008:63 s 258.

¹⁹⁶ Levin, *Lärobok i immaterialrätt*, s 253. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter En kommentar och rättsöversikter*, s 121. Jfr SOU 2015:16 vari företagshemligheter räknas in i det vidare begreppet *immateriella tillgångar* men faller utanför begreppet *immateriella rättigheter*.

¹⁹⁷ Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 378.

¹⁹⁸ I praktiken är avtal ett viktigt verktyg för näringsidkare som vill skydda sina företagshemligheter. De mest vanligt förekommande avtalskonstruktionerna för detta syfte är konkurrensklausuler och sekretessklausuler. Även arbetsrätten spelar en viktig roll för skyddet för företagshemligheter genom b.la lojalitetsplikten. Fahlbeck beskriver dessa

tidigare lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens.¹⁹⁹ När lagen trädde i kraft var det över 10 år sedan regeringen först tillsatt en utredning med syftet att lägga fram förslag om reformer av reglerna om skydd för företagshemligheter. Den långdragna lagstiftningsprocessen berodde främst på betänkligheter kring lagens påverkan på yttrandefriheten och en oro för att lagen skulle få verkan som en ”munkavlelag”.²⁰⁰ Det bakomliggande syftet med FHL var att skapa förutsättningar för en effektiv och sund konkurrens.²⁰¹

FHL är en till sin storlek relativt liten lag med totalt 14 paragrafer. Lagen innehåller såväl straffrättsliga som civilrättsliga påföljder för den som vidtar ett obehörigt angrepp på företagshemligheter. Att de straffrättsliga bestämmelserna inte tagits in i brottsbalken istället för i FHL motiverades främst av pedagogiska skäl då en sammanhållen lagstiftning ansågs öka potentialen för stor genomslagskraft.²⁰²

5.2.2 Om vad som kan skyddas som företagshemlighet

FHL skyddar företagshemlig information mot obehöriga angrepp.²⁰³ Legaldefinitionen av vad som utgör en företagshemlighet återfinns i 1 § FHL. Begreppet utgör en yttersta gräns för att FHL ska kunna tillämpas. Huruvida viss information kan sägas uppfylla kraven på att vara företagshemlig diskuteras ofta ingående i den praxis som finns. Definitionen kan delas upp i tre olika led. För det första måste det röra sig om information om affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse. För det andra ska informationen hållas hemlig och för det tredje ska ett röjande av informationen vara ägnat att medföra skada.²⁰⁴ Dessa tre krav kommer nedan att behandlas var för sig.

5.2.2.1 Information om affärs- eller driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse

Termen information har en vidsträckt innebörd. Av förarbetena framgår att begreppet omfattar ”uppgifter, kunskaper och vetande av vilket slag som helst”.²⁰⁵ Det spelar ingen roll huruvida det rör sig om kommersiell, administrativ eller teknisk information, så länge övriga kriterier uppfylls kan

skyddsformer mer utförligt i sin framställning, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter*, främst avsnitt 6. Se även Bernitz, *Immaterialrätt och otillåten konkurrens*, avsnitt 13.4.1.

¹⁹⁹ Prop. 1987/88:155 s 1.

²⁰⁰ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter*, s 19f.

²⁰¹ Prop.1987/88:155 s 9.

²⁰² Prop.1987/88:155 s 10f.

²⁰³ 1 och 2 § FHL.

²⁰⁴ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter* s 295f.

²⁰⁵ Prop. 1987/88:155 s 34.

informationen skyddas som företagshemlig.²⁰⁶ Det ställs inga krav på att informationen ska hålla en viss kvalitet eller någon viss nivå, även relativt triviala uppgifter kan utgöra företagshemligheter. Något krav på originalitet ställs inte heller.²⁰⁷ En jämförelse kan här göras med de immaterialrättsliga lagarna som ställer upp krav på sådant som verkshöjd, särprägel, försteg, vederhäftighet och konkretisering. Några sådana krav uppställs inte för att information ska kunna skyddas som företagshemlighet.²⁰⁸ Som en följd av den vida definitionen av begreppet information är det de övriga kriterierna i 1 § FHL som sätter gränserna för vad som utgör en företagshemlighet.²⁰⁹

För att information ska kunna skyddas krävs det att informationen ifråga har en koppling till näringsidkarens affärs- eller driftförhållanden. I förarbetena lyfts exempelvis marknadsundersökningar, marknadsplanering, prissättningskalkyler och planer rörande reklamkampanjer fram som exempel på information som kan uppfylla detta krav. Även information som kan hänföras till den pågående driften eller produktionen, samt information om konstruktions- och utvecklingsarbete, forskning, prov och liknande omfattas.²¹⁰ I praxis har även planer för framtida verksamhet konstaterats uppfylla kravet på koppling till affärs- eller driftförhållanden.²¹¹

Det dras en gräns mellan information som anknyter till en näringsidkares rörelse och sådan personlig erfarenhet, skicklighet och kunskap som finns hos en anställd. Sådan yrkeskunskap anses inte ingå i näringsidkarens rörelse och omfattas därmed inte av begreppet företagshemlighet.²¹² I propositionen uttalades att ”Principen bör vara att information som vem som helst med adekvat utbildning kan omsätta i praktiskt resultat bör anses som information i näringsidkarens rörelse. Är emellertid informationen knuten till individen, så att den inte genom en instruktion eller anvisning kan överflyttas till någon annan, bör den anses vara av personlig art och således inte ingå i näringsidkarens rörelse”.²¹³ Vart gränsen går mellan vad som ska anses vara individens kunskap och vad som ska anses tillhöra näringsidkaren kan vara svårt att avgöra.²¹⁴ Något förtydligande av vad som ska anses vara information som tillhör arbetstagaren har trots detta inte ansetts vara lämpligt eftersom en sådan ordning skulle kunna motverka det samhällsekonomiska intresset av att låta kunskap flöda fritt.²¹⁵

²⁰⁶ Prop. 1987/88:155 s 35.

²⁰⁷ Prop. 1987/88:155 s 12. Se även NJA 1998 s 633 (JAHAB) där domstolen konstaterade att ”alla typer av uppgifter oberoende av om de är enkla och okomplicerade eller unika, komplexa eller på annat sätt komplicerade” omfattas av begreppet information.

²⁰⁸ Se vidare, Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter* s 336ff. SOU 2008:63 s 66.

²⁰⁹ Prop. 1987/88:155 s 34.

²¹⁰ Prop. 1987/88:155 s 35, med hänvisning till prop. 1979/80:2 del A s 145.

²¹¹ NJA 1998 s 633 (JAHAB).

²¹² Prop. 1987/88:155 s 35. Se vidare Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter*, s 311f.

²¹³ Prop. 1987/88:155, s 35.

²¹⁴ SOU 2008:63 s 90. Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 380.

Från praxis se exempelvis AD 2003 nr 21 (Bettans lilla röda).

²¹⁵ SOU 2008:63 s 91.

Företagshemligheter kan antingen vara dokumenterade eller odokumenterade.²¹⁶ Exempel på dokumenterad information av stort värde kan vara ritningar, modeller, manualer, kalkyler, källkoder, kunddatabaser, produktions- och marknadsföringsplaner m.m.²¹⁷ När det gäller odokumenterad information kan det handla om enskilda personers kännedom om olika förhållanden, som exempelvis information om idéer och projekt som ännu inte materialiserats.²¹⁸ Även om det inte ställs något krav på att information ska vara dokumenterad är det i praktiken svårare att föra en talan om obehörigt nyttjande av företagshemlighet i de fall företagshemligheten inte har dokumenterats på något sätt.²¹⁹

5.2.2.2 Kravet på hemlighållande

Kravet på hemlighållande får sägas vara själva kärnan i FHL. Kravet på hemlighållande är inte absolut utan relativt. Detta stämmer överens med vad som stadgas i TRIPS-avtalet där det enbart ställs krav på att rimliga åtgärder ska ha vidtagits för att hålla informationen hemlig.²²⁰ För att informationen ska anses hemlig krävs att den inte är spridd utanför en någorlunda identifierbar och sluten krets och att den inte är tillgänglig för var och en som har ett intresse att ta del av den.²²¹ Detta innebär att det på ett mindre företag i praktiken är möjligt att alla kan känna till informationen utan att den för den saken skall upphöra att vara hemlig. På ett större företag är det möjligt att informationen exempelvis är känd inom flera olika avdelningar. Allmänt kan sägas att information är hemlig om den inte får spridas till andra än de anställda som behöver tillgång till informationen för att kunna utföra sitt arbete.²²²

Kravet på hemlighållande innefattar krav på viss aktivitet från näringsidkarens sida. Enligt Fahlbeck har detta krav en subjektiv och en objektiv sida. Det subjektiva kravet handlar om att näringsidkaren ska ha en ambition att hålla viss information hemlig. Det objektiva kravet handlar om att denna ambition ska komma till uttryck på något sätt.²²³ Enligt förarbetena innebär kravet på hemlighållande att näringsidkaren ska ha en ambition att behålla informationen inom den krets där den är känd. Exempel på hur detta kan uppnås är exempelvis genom att upplysa anställda om att information inte får spridas utanför en viss grupp, hemligstämpla dokument, låsa in viss information, utfärda säkerhetsinstruktioner, tillträdesbegränsningar eller liknande. Trots de exempel som ges uppställs inget formkrav för hur hemlighållandet ska ske.²²⁴

²¹⁶ 1§ 2st FHL.

²¹⁷ Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 380.

²¹⁸ Prop. 1987/88:155 s 12f.

²¹⁹ Tonell, *Sekretessavtal—och det rättsliga skyddet för företagshemligheter*, s 23.

²²⁰ Art 39.2c TRIPS.

²²¹ Prop. 1987/88:155 s 13 och s 35. NJA 1998 s 633 (JAHAB).

²²² Prop. 1987/88:155 s 35.

²²³ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter*, s 323.

²²⁴ Prop. 1987/88:155 s 36.

HD har visserligen konstaterat att det inte alltid krävs något uttryckligt förbehåll om hemlighållande, nämligen i fall då det måste stått klart för den utomstående att näringsidkaren ville hålla informationen hemlig.²²⁵ Att det saknas säkerhetsåtgärder innebär därmed inte att viss information inte är hemlig. Däremot kan det innebära att exempelvis en anställd inte är eller bör ha varit medveten om att informationen varit hemlig och därmed kan denne inte drabbas av någon påföljd om företagshemligheten angrips.²²⁶ Det skulle vara oklokt av en näringsidkare att förlita sig på att det framgår av omständigheterna att viss information ska betraktas som företagshemlig eftersom det är näringsidkaren som drabbas ifall det skulle uppstå oklarheter.²²⁷

Om övriga kriterier är uppfyllda består det företagshemliga skyddet så länge informationen hålls hemlig. Skyddet kan därför vara obegränsat i tiden. Har information väl upphört att vara hemlig upphör skyddet och det är inte möjligt att återskapa detsamma.²²⁸

5.2.2.3 Skada i konkurrenshänseende

Det är enbart information som är av betydelse för ett företags konkurrensförmåga som ges skydd som företagshemlighet.²²⁹ I förarbetena har uttalats att informationen måste ha ett ”värde i näringsidkarens hand”, värdet ligger i att ett röjande medför skada eller risk för skada.²³⁰ Det krävs därmed inte att en faktisk skada har uppkommit utan det är tillräckligt att situationen är sådan att den typiskt sett kan medföra skada.²³¹ Koch menar att uttrycket ”i konkurrenshänseende” bör uppfattas som att det rör sig om en kvalitativ bestämning i betydelsen att en skada ska vara av ett visst slag. Även en mindre men iakttagbar försämring borde då falla under begreppet.²³²

Kravet på skada i konkurrenshänseende är objektivt och näringsidkarens egen uppfattning om saken är ovidkommande.²³³ Att det ska föreligga risk för skada i konkurrenshänseende medför att informationen måste ha nått en viss grad av precision. Detta är inte ett krav som varit svårt att nå upp till i

²²⁵ NJA 1998 s 633 (JAHAB). Jfr uttalande i prop. 1987/88:155 s 36, om att kravet på att näringsidkaren ska hålla informationen hemlig bör anses uppfyllt ”då han klargjort eller det ändå står klart att information av ett visst slag inte får spridas utanför en viss krets.”

²²⁶ SOU 2008:63 s 69f. Prop. 1987/88:155 s 36.

²²⁷ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter*, s 323.

²²⁸ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter*, s 316f. SOU 2008:63 s 92.

²²⁹ 1989/90:LU37 s 21. Prop. 1987/88:155 s 13.

²³⁰ Prop. 1987/88:155 s 36. Uttalandet har hänvisats till i bl.a. NJA 1998 s 633 (JAHAB).

Se även 1989/90:LU37 s 20.

²³¹ Prop. 1987/88:155 s 36.

²³² Koch, *Tio år med lagen om skydd för företagshemligheter*, s 158.

²³³ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter* s 329.

praxis.²³⁴ Fahlbeck menar att ”lösa hugskott, ostrukturerade infall, skisser utan någorlunda bestämt syfte och liknande tankegods” inte utan vidare kan skyddas som företagshemligheter.²³⁵

Informationen måste på något vis vara företagsspecifik på så vis att informationen är särskild för den aktuella rörelsen och inte utgör allmängods i den aktuella branschen.²³⁶ Kravet hindrar inte att flera näringsidkare kan inneha samma eller väldigt lik information och behandla denna som företagshemlig. En sådan situation kan exempelvis uppstå då konkurrenter agerar på samma marknad om samma kunder med samma produkter. Sådana konkurrenter har exempelvis sannolikt kundlistor som i stort sett överensstämmer med varandra. Detta innebär inte att kundlistorna inte skulle kunna utgöra företagshemlig information, tvärt om kan intresset av att hemlighålla sådan information vara ännu starkare.²³⁷ Frågan aktualiserades bl.a. i ett HD-avgörande från 1995. I fallet ansågs en banks instruktioner gällande banktjänstemäns skyldighet att kontrollera legitimationshandlingar vid kontantuttag utgöra företagshemlighet. Domstolen menade att instruktionen påverkade bankens möjligheter att hävda sig på marknaden och att de därmed fick anses ha ett ekonomiskt värde. Vidare menade domstolen att bankens intresse av att instruktionen skulle hållas hemlig var befogat även om innehållet var känt för vissa utomstående och andra banker haft instruktioner med liknande innehåll.²³⁸

Sammanställningar av allmänt tillgänglig information kan utgöra företagshemlighet till följd av att sammanställningen som sådan är skyddsvärd. I praxis har exempelvis en sammanställning av uppgifter som kunnat hämtas från offentliga register varit att anse som företagshemligheter då dessa uppgifter sammanställts på visst sätt.²³⁹

5.2.3 Obehöriga angrepp

FHL skyddar företagshemligheter mot obehöriga angrepp. Att lagen endast gäller obehöriga angrepp på företagshemligheter framgår av 2 § FHL. 2 § innehåller en uppräkningslista av vad som inte är att anse som ett obehörigt

²³⁴ Jfr dock exempelvis Stockholms tingsrätts dom T-15623-12 (Bump), där en ide till ett TV-format som lagts fram i ett mejl sågs som alltför opreciserad och enkel för att kunna sägas vara av sådan kvalitet att dess röjande kunde vara ägnat att medföra skada i konkurrenshänseende.

²³⁵ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter* s 333.

²³⁶ AD 2003 nr 21 (Bettans lilla röda). SOU 2008:63 s 67.

²³⁷ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter* s 321.

²³⁸ NJA 1995 s 347 (Kreditgivningsinstruktionen). Fallet handlade om ett editionsföreläggande enligt RB. Enligt bestämmelserna i RB kan ett editionsföreläggande nekas om en handling innehåller yrkeshemligheter. HD uttalade i fallet att begreppet yrkeshemlighet i allt väsentligt torde stämma överens med begreppet företagshemlighet och att företagshemlighet i vart fall inte har en vidare innebörd än begreppet yrkeshemlighet. Fallet är därmed relevant även för bedömning av vad som utgör företagshemlighet.

²³⁹ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter* s 297.

angrepp. Uppräkning är inte uttömmande, det kan därmed finnas andra omständigheter som medför att ett angrepp inte är obehörigt.²⁴⁰

Att angripa en företagshemlighet för att offentliggöra eller inför myndighet eller annat behörigt organ avslöja något som skäligen kan misstänkas utgöra brott (på vilket fängelse kan följa) eller annat allvarligt missförhållande är inte att se som ett obehörigt angrepp.²⁴¹ Inte heller är det ett obehörigt angrepp att någon utnyttjar eller röjer information som han eller någon före honom fått del av i god tro.²⁴²

En angreppsgörare som är i ursprunglig god tro, dvs. varken insett eller borde ha insett att informationen ifråga var företagshemlig, kan inte hållas ansvarig för angrepp trots att han vid ett senare tillfälle insett eller borde insett att informationen ifråga var företagshemlig. Inte heller kan en person i ett senare led hållas ansvarig för ett angrepp om en person tidigare i kedjan angripit informationen i god tro.²⁴³ Regleringen innebär att det är av avgörande betydelse att näringsidkare arbetar proaktivt för att företagshemlig information inte ska hamla i fel händer av misstag. Det räcker att en person i kedjan har varit i god tro för att samtliga efterföljande personer som använder informationen ska kunna undgå ansvar.²⁴⁴ Bestämmelsen omfattar en situation då en konkurrent i god tro fått del av en företagshemlighet som spritts på ett obehörigt sätt. Konkurrenten kan då inte hållas ansvarig även om denne vid ett senare tillfälle insett att informationen i fråga angripits på ett obehörigt sätt.²⁴⁵

2 § FHL ska inte förstås som en generalklausul som kan göras gällande om ansvarsreglerna i 3–8 § inte kan tillämpas.²⁴⁶ Någon uppsamlade ansvarsregel finns inte i FHL utan lagen har en kasuistisk utformning. Detta medför risk för kringgående eftersom ansvarsreglerna innehåller ett flertal rekvisit som måste vara uppfyllda för att ansvar ska kunna utkrävas.²⁴⁷

Skyddet som ges i FHL är inte i form av en ensamrätt. Skyddet innebär inte att ingen annan får utveckla, känna till eller använda samma information.²⁴⁸ Det är inte heller otillåtet att en näringsidkare att använda sig av s.k. reverse engineering (sv. omvänd ingenjörskonst) för att komma åt viss information.

²⁴⁰ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter* s 351. 1989/90:LU37 s 35.

²⁴¹ 2 § 2 st FHL. Detta stycke är mycket omdebatterat till följd av den nära kopplingen till yttrandefriheten. Debatten har främst kommit att handla om så kallade ”wistleblowers” som slår larm om missförhållanden på sin arbetsplats, och vilka möjligheter en arbetsgivare ska ha att efterforska vem som har slagit larm. Frågan ska inte behandlas vidare i uppsatsen. För en närmare behandling av dessa frågor se, SOU 2014:31 och SOU 2013:79.

²⁴² 2 § FHL.

²⁴³ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter* s 395.

²⁴⁴ Wainikka, *Företagshemligheter – en introduktion*, s 45.

²⁴⁵ Löfgren, Ola, Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter, kommentaren till 2 § not 14.

²⁴⁶ Wainikka, *Företagshemligheter – en introduktion*, s 43.

²⁴⁷ Bernitz m.fl., *Immateriellrätt och otillbörlig konkurrens*, s 382.

²⁴⁸ Wainikka, *Att skydda innovationer – Affärer, risker och möjligheter*, s 126.

Det är med andra ord tillåtet för en näringsidkare att exempelvis köpa en annan näringsidkares produkt och analysera denna för att på så vis få information.²⁴⁹ På liknande vis är det fullt tillåtet att ägna sig åt benchmarking, dvs. analysera vad konkurrenter gör och använda informationen för att utveckla sin egen verksamhet.²⁵⁰ Då många delar av en näringsidkares koncept är synliga utåt är det fullt möjligt för en utomstående att analysera de delar som syns för att på sådant vis dra slutsatser om bakomliggande information och strategier. Detta innebär givetvis en begränsning av företagshemlighetslagstiftningens användbarhet som koncept- och identitetsskydd. Det finns ingenting som hindrar en näringsidkare från att exempelvis gå in i en konkurrents butik för att själv dra slutsatser om hur konkurrenten arbetar med sådant som kundbemötande, utformning av lokaler osv.

5.2.4 Ansvarsreglerna

5.2.4.1 Straffrättsligt ansvar

FHL innehåller två straffrättsliga bestämmelser. *Företagsspioneri* föreligger då någon olovligt och med uppsåt berett sig tillgång till företagshemlig information.²⁵¹ Det är själva anskaffandet av den företagshemliga informationen som kriminaliseras genom 3 § FHL. Det krävs vare sig utnyttjande eller röjande för att bestämmelsen ska bli tillämplig.²⁵² Bestämmelsen kan inte tillämpas i situationer då någon röjt information som denne haft lovlig tillgång till.²⁵³ Det så kallade Ericsson-målet har orsakat stor debatt kring denna ordning efter det att en anställd som lämnat ut säkerhetsklassad information inte kunnat hållas straffrättsligt ansvarig på grund av att han haft lovlig tillgång till informationen ifråga.²⁵⁴ En ny straffrättslig bestämmelse som skulle utvidga det straffrättsliga ansvaret till att omfatta även en situation där åtkomsten till informationen i fråga varit lovlig har föreslagits.²⁵⁵ Förslaget har kritiserats av lagrådet och har ännu inte lagts fram i proposition.²⁵⁶

Olovlig befattning med företagshemlighet föreligger då någon anskaffar en företagshemlighet med vetskap om att antingen den som tillhandahåller hemligheten eller någon före denne har berett sig tillgång till

²⁴⁹ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter* s 403.

²⁵⁰ Wainikka, *Att skydda innovationer—Affärer, risker och möjligheter*, s 107.

²⁵¹ 3 § FHL. Påföljden för brottet är böter eller fängelse i högst två år. Om brottet är grovt sträcker sig straffskalan upp till 6 års fängelse. Försök eller förberedelse till företagsspioneri bestraffas enligt 23 kapitlet BrB.

²⁵² Prop. 187/88:155 s 15, Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter*, s 400f med hänvisningar.

²⁵³ Svea hovrätts dom 2003-10-20 i mål B 5221-03 (Ericsson). NJA 2001 s 362 (Andreamålet).

²⁵⁴ Svea hovrätts dom 2003-10-20 i mål B 5221-03 (Ericsson).

²⁵⁵ SOU 2008:63 s 318.

²⁵⁶ Lagrådets yttrande, utdrag ur protokoll vid sammanträde 2014-01-08.

företagshemligheten genom företagsspioneri.²⁵⁷ Vetskapen om att ett företagsspioneri har begåtts i ett tidigare led måste föreligga vid anskaffandet för att ansvar ska kunna utkrävas. Straffrättsligt ansvar kan därmed inte uppkomma för någon som är i god tro vid själva anskaffandet men senare får kunskap det ursprungliga företagsspioneriet.²⁵⁸

5.2.4.2 Skadestånd

5.2.4.2.1 Ansvarssubjekten

Regler om skadestånd finns i 5–10§ FHL. 5 § FHL föreskriver skadeståndsansvar för den som gjort sig skyldig till brott enligt FHL.²⁵⁹ 6 § FHL behandlar skadestånd för den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjat eller röjt en företagshemlighet som han i förtroende fått ta del av i samband med en affärsförbindelse.²⁶⁰ Affärsförbindelsen kan vara av vilket slag som helst.²⁶¹ Bevisbördan för att en uppgift lämnats i förtroende (dvs. under tystnadsplikt) ligger på den som lämnat uppgiften.²⁶² Bedömning av om en uppgift lämnats i förtroende eller inte ska bedömas med ledning av omständigheterna i det enskilda fallet. En näringsidkare gör därmed klokt i att tydligt kommunicera vad som gäller och ingå formella sekretessavtal för att undvika bevissvårigheter.²⁶³

7 § FHL behandlar skadeståndsansvaret för arbetstagare som uppsåtligen utnyttjat eller röjt företagshemlig information som han fått del av i sin anställning under sådana förhållanden att han insåg eller borde ha insett att han inte fick avslöja den. Om utnyttjandet eller röjandet skett efter det att anställningen avslutats krävs synnerliga skäl för att en arbetstagare ska kunna bli skadeståndsskyldig.²⁶⁴ Vad en arbetstagare borde ha insett beror bl.a. på vilka åtgärder arbetsgivaren har vidtagit för att skydda företagshemligheten. Sådant som hur arbetsrutinerna, säkerhetsinstruktionerna eller liknande är utformade är av betydelse då bedömningen görs.²⁶⁵

Synnerliga skäl får enligt propositionen i allmänhet anses föreligga då en arbetstagare tagit en anställning i syfte att komma över företagshemlig information eller om en anställd under sin anställning förberett överförande av information till konkurrerande verksamhet. Att den tidigare anställde haft

²⁵⁷ 4 § FHL. Påföljden är böter eller fängelse i högst 2 år. Om brottet är grovt kan fängelse i upp till 4 år utdömas.

²⁵⁸ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter* s 418. Se även 2 § 3 st FHL som förskriver att det inte räknas som obehörigt angrepp att röja eller utnyttja en företagshemlighet som han eller någon före honom har fått del av i god tro.

²⁵⁹ 5 § FHL.

²⁶⁰ 6 § FHL.

²⁶¹ Prop. 1987/88:155 s 42.

²⁶² Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter* s 429.

²⁶³ Prop. 1987/88:155 s 43.

²⁶⁴ 7 § FHL.

²⁶⁵ Prop. 1987/88:155 s 45.

en särskild förtroendeställning hos arbetsgivaren kan tala för att synnerliga skäl ska anses föreligga.²⁶⁶

Styrelseledamöter och revisorer är inte att se som anställda. Inte heller bemanningsanställda eller inhyrda konsulter är arbetstagare på den arbetsplats där arbetet utförs. Dessa personkategorier kan därför inte hållas ansvariga enligt 7 § FHL.²⁶⁷ Utredningen om skyddet för företagshemligheter har föreslagit att lagtexten ska omformuleras på sådant sätt att ovan nämnda personkategorier ska omfattas av lagens bestämmelser. Förslaget har ännu inte lett till lagstiftning.²⁶⁸

Det finns ett skadeståndsansvar även för den som uppsåtligen eller av oaktsamhet utnyttjar eller röjer en företagshemlighet som han eller hon inser eller borde ha insett angripits enligt FHL.²⁶⁹ Bestämmelsen är i praktiken av störst betydelse för konkurrenter. Typfallet är att en näringsidkare fått information om en konkurrents företagshemligheter genom dennes samarbetspartners eller anställda.²⁷⁰ En möjlig situation är att en näringsidkare efter en nyrekrytering medvetet låter den anställde utnyttja den tidigare arbetsgivarens företagshemligheter på ett sätt som strider mot 7 § 2 st FHL.²⁷¹ Att det krävs att företagshemligheten ifråga ska ha angripits enligt FHL innebär att det inte är möjligt att utkräva skadestånd om det ursprungliga angreppet utförts av någon som inte omfattas av någon av de övriga ansvarsbestämmelserna. Som redogjorts för ovan räknas exempelvis bemanningsanställda inte som anställda på arbetsplatsen där arbetet utförs. Därmed kan inte ansvar för bemanningsanställdas eventuella angrepp utkrävas enligt FHL (om inte angreppet uppfyller kraven i 3 eller 4 § FHL). Skadestånd kan i en sådan situation inte heller utkrävas i senare led i enlighet med 8 § FHL. Denna ordning är mycket märklig och har kritiserats hårt av Fahlbeck.²⁷²

5.2.4.2.2 Skadeståndets storlek

Skadeståndet ska bestämmas med hänsyn till en näringsidkares intresse av att företagshemligheten inte obehörigen utnyttjas eller röjs. Hänsyn ska även tas till andra omständigheter av annan än rent ekonomisk betydelse.²⁷³ Genom att möjliggöra allmänt skadestånd utöver det ekonomiska var avsikten att skadeståndet skulle få både en reparativ och en preventiv verkan.²⁷⁴ I propositionen har uttalats att ”skadestånden bör ligga på en

²⁶⁶ Prop. 1987/88:155 s 46.

²⁶⁷ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter, en kommentar och rättsöversikter*, s 446ff.

²⁶⁸ SOU 2008:63 s 212ff.

²⁶⁹ 8 § FHL.

²⁷⁰ Bernitz m.fl., *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, s 385.

²⁷¹ Tonell, *Sekretessavtal – och det rättsliga skyddet för företagshemligheter*, s 50.

²⁷² Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter* s 486f.

²⁷³ 9 § FHL.

²⁷⁴ Prop. 1987/88:155 s 26f.

sådan nivå att det aldrig ter sig fördelaktigt att kalkylera med möjligheten att angripa någon annans företagshemlighet”.²⁷⁵

Sandgren har tidigare ifrågasatt ifall de skadestånd som dömts ut av HD verkligen levt upp till denna princip.²⁷⁶ Även från annat håll har det riktats kritik mot att näringsidkare sällan tilldöms full kompensation för det angrepp som skett.²⁷⁷ Utredningen om skyddet för företagshemligheter var av uppfattningen att bestämmelserna är utformade på ett sätt som möjliggör tillräcklig kompensation. Utredningen konstaterade att det redan finns utrymme att beräkna skadeståndet utifrån en fiktiv licensavgift för den företagshemlighet som utnyttjats varför ett förtydligande av lagtexten inte ansågs behövas.²⁷⁸ Trots att skadestånden generellt kritiserats för att vara för låga går det att ana en trend där domstolarna blir alltmer generösa i sina skadeståndsberäkningar.²⁷⁹

I praktiken kan det vara svårt att fastställa vilken ekonomisk skada som har följt på ett angrepp på en företagshemlighet. Domstolar får därför i många fall göra skälighetsuppskattningar i enlighet med 35 kap 5 § RB.²⁸⁰ Den bevislättning som ges genom bestämmelsen är i förhållande till skadans storlek. Orsakssambandet mellan den uppkomna skadan och angreppet på företagshemligheten måste således fortfarande kunna visas.²⁸¹

5.2.5 Vitesförbud och inlösen

Eftersom en företagshemlighet inte längre kan skyddas när informationen ifråga upphört att vara hemlig är det mycket viktigt att en näringsidkare som utsatts för ett angrepp reagerar fort för att förhindra att informationen sprids. Domstol kan vi vite förbjuda den som angripit en företagshemlighet att utnyttja eller röja denna. Vitesförbud kan utfärdas även interimistiskt i de fall den som utsatts för det påstådda angreppet kan visa sannolika skäl för att det skett ett angrepp enligt FHL samt att det skäligen kan befaras att svaranden genom att fortsätta angreppet föringar värdet av

²⁷⁵ Prop. 1987/88:155 s 49.

²⁷⁶ Sandgren, *Skyddet för företagshemligheter*, s 675.

²⁷⁷ Bengtsson och Kahn, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*, s 44f. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter*, s 507.

²⁷⁸ SOU 2008:63 s 20f. Resonemanget var det samma som det som framfördes i prop. 1987/88:155 s 26f.

²⁷⁹ Bengtsson och Kahn, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*, s 39. Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter* s 508. Se exempelvis Mål T 1894-03 (Arla) Skadeståndet i målet fastställdes till 48 miljoner kr. Domen överklagades dock och parterna förliktes innan målet avgjordes av hovrätten. Se vidare om domen i Tonell, *Sekretessavtal – och det rättsliga skyddet för företagshemligheter*, s 39ff.

²⁸⁰ Bengtsson och Kahn, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*, s 37f.

²⁸¹ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter—En kommentar och rättsöversikter*, s 500. Se även T 427-95 (Boxholmmålet) där käranden misslyckades med att visa sådant samband. Allmänt skadestånd kunde dock utdömas ändå.

företagshemligheten.²⁸² Ett vitesförbud kan hävas om det visar sig att ändamålet med förbudet har förlorat sin betydelse.²⁸³

Bestämmelsen om inlösen i 14 § FHL är mer handgriplig till sin karaktär och innebär att domstol kan bestämma ett en handling eller ett föremål som den som angripit en företagshemlighet har i sin besittning ska överlämnas till den som utsatts för angreppet. I vissa fall kan detta ske mot lösen. Är ett överlämnande inte möjligt kan domstolen besluta att handlingen eller föremålet istället ska förstöras.²⁸⁴

5.2.6 Bevisfrågor

FHL innehåller inga regler om anskaffande av bevisning. Det är istället de allmänna bestämmelserna i RB som får tillämpas.²⁸⁵ Gällande immaterialrättsliga intrång finns det möjligheter till intrångsundersökning. Då denna möjlighet infördes diskuterades huruvida intrångsundersökning skulle vara möjligt även gällande påstådda angrepp på företagshemligheter. Regeringen menade då att det krävdes ytterligare utredning om en sådan möjlighet skulle införas. Trots att någon möjlighet till intrångsundersökning inte infördes konstaterades att ”det ofta finns sådana bevissvårigheter när det gäller misstankar om utnyttjande eller röjande av företagshemligheter att det är svårt för den drabbade näringsidkaren att vidta rättsliga åtgärder”.²⁸⁶

I praxis gällande FHL är det inte ovanligt att käromål ogillas på grund av bristande bevisning. Vanliga problem är då att käranden inte lyckats visa att viss information hemlighållits eller att den som angripit densamma borde ha insett att informationen ifråga varit företagshemlig.²⁸⁷

Svårigheterna med att visa att ett obehörigt angrepp har skett är rimligtvis än allvarligare då det rör sig om information om koncept och branding. Som diskuterats ovan är det möjligt för en utomstående näringsidkare att dra slutsatser utifrån de moment som är synliga och det kan därmed vara svårt att visa att information härrör från ett obehörigt angrepp och inte är resultatet av bearbetning av allmänt tillgänglig information. Även i fall då det rör sig om information om ett koncept eller olika brandingåtgärder som ännu inte lanserats eller börjat användas kan det uppstå svårigheter i bevishänseende. Vad är det som hindrar att en utomstående näringsidkare självständigt utvecklat liknande strategier och idéer?

²⁸² 13 § FHL. Se vidare om bedömningen av sannolika skäl, Bengtsson och Arndt, *Interimistiska förbud och bevissäkring vid angrepp på företagshemligheter*, s 241ff och Bengtsson och Kahn, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis – del 2*, s 31f.

²⁸³ 12 § FHL.

²⁸⁴ 14 § FHL.

²⁸⁵ Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter – En kommentar och rättsöversikter*, s 259.

²⁸⁶ Prop. 1998/99:11 s 51.

²⁸⁷ Bengtsson och Kahn, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*, s 39.

I den juridiska litteraturen har de bristande möjligheterna till bevissäkring gällande angrepp på företagshemligheter kritiserats återkommande.²⁸⁸ Frågan om att införa någon form av bevissäkringsåtgärd i FHL togs upp i SOU 2008:63. Utredningen föreslog då att det i FHL skulle införas en bevissäkringsåtgärd liknande intrångsundersökning.²⁸⁹ Förslaget godtogs inte av regeringen och har inte föranlett vidare åtgärder.²⁹⁰

5.3 Behovet av egna insatser

FHL är en lag som på flera sätt är utformad för att skydda den som skyddar sig själv. Till skillnad från exempelvis det immaterialrättsliga skyddet uppkommer det företagshemliga skyddet inte genom en registrering. Information kan ges skydd då de i 1 § uppräknade kriterierna är uppfyllda. Det är näringsidkaren själv som väljer vilken information som ska hållas hemlig och på vilket sätt detta ska ske. På detta vis krävs det att näringsidkaren själv är aktiv för att ett skydd över huvud taget ska uppkomma.²⁹¹

För att någon ska kunna hållas straffrättsligt ansvarig krävs det ett uppsåtligt agerande. För skadeståndsrättsligt ansvar krävs det åtminstone att den som angripit den företagshemliga informationen varit oaktsam. För att ansvar inte ska kunna undkommas pga. bristande uppsåt kan en näringsidkare arbeta proaktivt med att informera personer som kommer i kontakt med informationen om att det rör sig om just företagshemligheter. Detta kan ske på flera olika sätt. Att sekretessmärka information eller att införa informationshanteringsprogram och policys är ett sätt att undgå att personer angriper information och i efterhand hävdar att de varit i god tro och inte förstått att de haft att göra med företagshemligheter. Att dokumentera att sådan information givits (exempelvis genom undertecknande av policys, personliga inloggningsuppgifter i databaser, sekretessavtal osv.) är ett sätt att på förhand säkra bevisning samtidigt som åtgärderna kan visa att näringsidkaren de facto arbetar för att hålla informationen hemlig.²⁹²

Som diskuterats ovan kan det vara mycket svårt att bevisa att ett angrepp ens har skett, särskilt då det gäller information om koncept vars beståndsdelar delvis är synliga utåt. Även i fall då ett koncept ännu inte lanserats kan det vara svårt att visa på ett eventuellt intrång eftersom det inte finns någonting som hindrar att en annan näringsidkare kunnat utveckla samma koncept eller strategier oberoende av den näringsidkare som hävdar

²⁸⁸ Se exempelvis, Bengtsson och Kahn, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*, s 44f. Sandgren, *Skyddet för företagshemligheter*, s 676. Wainikka, *Företagshemligheter – en introduktion*, s 121f.

²⁸⁹ SOU 2008:63 s 21. För en kommentar till förslaget se Bengtsson och Arndt, *Interimistiska förbud och bevissäkring vid angrepp på företagshemligheter*, s 259ff.

²⁹⁰ Lagrådsremiss, *Ett bättre skydd för företagshemligheter*, s 33-36.

²⁹¹ Wainikka, *Företagshemligheter – en introduktion*, s 99ff. Wainikka, *Att skydda innovationer – Affärer, risker och möjligheter*, s 125.

²⁹² Bengtsson och Kahn, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*, s 39f och s 43. Wainikka, *Företagshemligheter – en introduktion*, s 101f.

att ett intrång har skett. Att arbeta med informationshantering och på olika sätt dokumentera vilka som har fått ta del av vilken information kan även av denna anledning vara en mycket god idé.

5.4 Slutsatser

Inledningsvis ska sägas att det företagshemliga skyddet är en mycket flexibel skyddsform som kan omfatta det mesta som en näringsidkare finner relevant att skydda. Att informationen som ska skyddas inte måste vara av någon särskild kvalitet medför att det blir möjligt att skydda sådana typer av information som inte är möjligt att skydda med hjälp av immaterialrätterna. Kommersiell och administrativ information utgör exempel på sådan information som har ett mycket stort skyddsvärde för en näringsidkare som vill förhindra att en konkurrent utformar sin verksamhet på liknande sätt som sin egen, men som kan vara svår att skydda på annat sätt.

Att det inte uppställts något krav på att informationen måste dokumenteras för att kunna ges skydd är ur ett brandingperspektiv klart önskvärt eftersom utvecklingen av en strategi ofta sker stegvis och det är inte alltid så att alla steg i processen dokumenteras. Eftersom det är av intresse för en näringsidkare att det inte sprids information om eventuella framtida planer eller strategiska överväganden som kanske inte ens leder till några direkta åtgärder så är detta en klar fördel. Med tanke på den ökade vikt som läggs vid relationsbyggande är det viktigt att även sådant som muntliga instruktioner till personal om hur exempelvis kundbemötande ska ske eller vilka försäljningsstrategier som ska tillämpas kan skyddas även då dessa inte dokumenterats.

För en utomstående näringsidkare som vill härma en annan näringsidkares koncept och brandingåtgärder finns det olika vägar att gå för att få tillgång till relevant information. En möjlighet är att enbart iaktta sådant som är synlig även för en utomstående, exempelvis studera hur marknadsföringsmaterial är utformat, hur butiker är inredda, hur personal beter sig osv. Att få tillgång till information på detta viset är fullt tillåtet. Utifrån sådan information som är tillgänglig genom utomstående betraktelser kan en utomstående näringsidkare även dra slutsatser om sådant som inte syns, exempelvis gissa sig till vilken typ av strategiska överväganden som gjorts. Denna omständighet innebär en klar begränsning av företagshemlighetslagstiftningen som koncept- och identitetsskydd. Trots detta ska betydelsen av skyddsformen inte underskattas. Även om många slutsatser kan dras genom att enbart iaktta vad som är synligt utåt kan det vara svårt för en utomstående att göra en korrekt analys av de bakomliggande åtgärderna. Alla delar av ett koncept eller investeringar i branding är inte heller direkt synliga utåt. Sådant som hur organisationen är uppbyggd internt och hur logistiken fungerar är exempelvis inte synligt utåt på annat vis än att en kund upplever bra service och snabba leveranser.

Gällande koncept eller planer på branding som ännu inte förverkligats har företagshemlighetslagstiftningen en verklig potential att verka som ett

helhetsskydd. Innan planerna satts i verket är de inte synliga utåt och det är möjligt för näringsidkare att skydda planer av den här typen även om de inte tydligt har dokumenterats eller konkretiserats. I många fall är det av avgörande betydelse att vara först ut med att lansera ett nytt koncept, profil eller liknande. Att vara först ut skapar ett försprång på så sätt att kunder kommer att förknippa det aktuella konceptet med den som var först ut. På så vis blir det svårare för en konkurrent som vill ta efter konceptet att lyckas göra detta på ett framgångsrikt sätt. Med detta resonemang kan helhetsskyddet till viss del sägas vara verksamt även efter det att konceptet eller brandingåtgärderna ifråga lanserats.

En annan möjlighet är att den utomstående näringsidkaren själv är aktiv i sin jakt på information och antingen bedriver egna efterforskningar för att få tag i företagshemlig information eller använder sig av andra personer, företrädesvis personer som är anställda i eller har någon typ av samarbete med den verksamhet man önskar få information om. Företagsspioneri och olovlig befattning med företagshemlighet är straffrättsligt sanktionerade handlingar och detta kan verka avskräckande på annat vis än enbart risken att bli skadeståndsskyldig. Det finns dock luckor i det straffrättsliga skyddet. För att en näringsidkare som använder sig av företagshemlig information ska kunna dömas för olovlig befattning krävs det att det har begåtts företagsspioneri i ett tidigare led. Som framkommit ovan kan en arbetstagare som förmedlat information som denne haft lovlig tillgång till inte dömas för företagsspioneri. I ett sådant läge försvinner även möjligheten att döma en näringsidkare för olovlig befattning med uppgifterna i fråga. Denna ordning är olycklig eftersom den begränsar möjligheterna till straffrättsliga påföljder även för en näringsidkare som varit väl medveten om att den information som utnyttjats varit konkurrentens företagshemlighet.

En liknande problematik finns i anslutning till skadestandsreglerna. Eftersom 8 § FHL kräver att det i ett tidigare led förelegat ett angrepp enligt lagen uppstår problem när informationen ifråga förmedlats av någon av de personkategorier som inte omfattas av lagens bestämmelser. För att skadeståndsansvar ska kunna utkrävas krävs det också att alla som fått del av informationen innan den nått näringsidkaren varit i god tro. Om en arbetstagare exempelvis inte insett att informationen som denne förmedlat till någon utomstående varit företagshemlig kan inte den som tar emot informationen eller någon i ett senare led bli skadeståndsskyldig. Denna ordning innebär en klar svaghet i skyddet. En näringsidkare kan visserligen arbeta preventivt på olika sätt för att undvika att anställda eller samarbetspartners är i god tro vid ett angrepp. Sådant arbete hjälper dock föga när informationen vandrat i flera led. Det räcker som ovan redogjorts för att en person varit i god tro för att alla efterkommande ska kunna undgå ansvar.

Desto fler personer som har tillgång till informationen, desto större är chanserna att informationen läcker. När information en gång har förlorat sin karaktär som företagshemlig kan situationen inte återställas. Även detta

innebär en brist eftersom det inte finns någonting att göra åt saken om informationen väl läckt ut och inte längre kan bedömas som hemlig. Som det moderna arbetet med branding sker är det inte möjligt att "låsa in" företagshemligheter i styrelserum eller till ett fåtal individer. Eftersom branding bygger på att hela organisationen ska förmedla ett gemensamt budskap krävs det ofta att även personal längre ner i kedjan har tillgång till information som arbetsgivaren betraktar som företagshemlig. Det ökade behovet av kunskap om känslig information i större delar av organisationen innebär en svaghet i det företagshemliga skyddets potential som koncept- och identitetsskydd. Här kan dock mycket göras genom att enbart sprida den information som är nödvändig, exempelvis informera personal om att agera på ett visst sätt utan att närmare redogöra för det överväganden som är bakomliggande instruktionen.

Att få ett skydd för företagshemlig information är visserligen inte förenat med några administrativa kostnader för ansökningar och förnyelser som exempelvis det varumärkesrättsliga skyddet. I praktiken kan kostnaderna för att få ett verksamt skydd ändå bli höga eftersom det krävs preventivt och strategiskt arbete från innehavarens sida för att kunna uppnå en hög skyddsnivå. Att det inte krävs något registreringsförfarande är delvis positivt eftersom skyddet uppkommer formlöst. En negativ aspekt är dock att det inte går att svara på huruvida viss information kan skyddas eller inte förrän domstol avgjort saken. Detta innebär en osäkerhet för innehavaren.

Det, enligt min mening, största problemet med företagshemlighetslagstiftningen som grund för ett konceptskydd är (förutom kravet på hemlighållande) utan tvekan svårigheterna kring frågor om bevisning. Undersökningen ovan har visat på svårigheter i flera olika avseenden. Som tidigare påpekats är bevissvårigheterna påtagliga när det gäller sådant som är delvis synligt utåt. Att visa att ett angrepp ens har skett kan bli mycket svårt eftersom det i många situationer inte framstår som orimligt att en konkurrent kunnat dra egna slutsatser eller utveckla egna strategier utan tillgång till en konkurrents företagshemliga information.

Skadeståndet som kan dömas ut vid angrepp enligt FHL är tänkt att ha både en reparativ och preventiv effekt. I praktiken har det visat sig svårt för näringsidkare att få full ersättning för sina förluster. Svårigheter att visa såväl kausalitet som faktisk skada gör sig särskilt gällande då information används för att efterlikna hela koncept. Åtgärder som är "härmande" får ofta inte någon direkt effekt genom att kunder omedelbart övergår från en verksamhet till en annan. Effekterna av ett sådant agerande syns oftast på längre sikt och det kan då vara svårt att visa på att det föreligger en kausalitet till angreppet i fråga.

Då det finns möjlighet till allmänt skadestånd finns det ett verktyg för domstolarna att använda sig av för att "läka" svårigheterna med att visa på en faktisk ekonomisk skada. Enligt min mening skulle domstolarna i detta avseende kunna vara mycket generösare än vad de är idag. Det stora värdet som ligger i starka koncept och brands är idag allmänt erkänt. Därmed är det

enligt min mening rimligt att rättsordningen också visar detta genom att markera starkare (i form av höga skadestånd) mot den som använder sig av otillåtna metoder för att åka snålskjuts på det arbete någon annan lagt ner för att bygga upp sådana värden.

6 En framtida EU-rättslig harmonisering?

6.1 Bakgrund

Skyddet för företagshemligheter inom EU varierar stort. Långt ifrån alla medlemsländer har lagstiftning som definierar vad som utgör företagshemligheter eller specificerar när dessa ska ges skydd. Skillnader finns även när det gäller vilken typ av påföljder som kan göras gällande vid intrång samt vilka processuella möjligheter som ges för att skydda företagshemligheter.²⁹³ Sverige är unikt på så sätt att det är det enda landet inom EU som har en ad hoc lagstiftning gällande skydd för företagshemligheter. Övriga länder reglerar frågan inom ramen för olika civilrättsliga och straffrättsliga regelverk.²⁹⁴ Även om företagshemligheter i de flesta länder konstaterats skyddas på ett i huvudsak tillfredsställande sätt innebär skillnaderna i lagstiftning per se negativa effekter på så sätt att det krävs stora resurser för en rättighetsinnehavare att undersöka vilka möjligheter för skydd som erbjuds i de olika medlemsstaterna.²⁹⁵

Under de senaste åren har det pågått ett arbete med att harmonisera EU-ländernas lagstiftning kring skydd för företagshemligheter. Harmonisering utgör en del av kommissionens arbete med att skapa en innovationsunion och arbetet sker inom ramen för den mer omfattande Europa 2020-strategin.²⁹⁶ Den 28 november 2013 lade kommissionen fram ett utkast till förslag om nya regler för skydd mot olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter.²⁹⁷ Den 26 maj 2014 presenterade rådet ett omarbetat förslag som nu är föremål för behandling i Europaparlamentet.²⁹⁸ Det är svårt att förutspå när ett eventuellt antagande kan bli aktuellt,²⁹⁹ men Justitiedepartementet har inte varit främmande för att detta skulle kunna ske

²⁹³ Baker & McKenzie report, s 4f. Se även Lunde, *An overview of the Draft Directive on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (Trade Secrets)*, COM(2013)813. *Protection of trade secrets in Norway in the light of the Proposed directive*, s 128.

²⁹⁴ Baker & McKenzie report, s 4. Det har visserligen gjorts försök att reglerna området på det globala planet men de regler som tagits fram har varit mycket generella till sin karaktär och har därmed inte bidragit nämnvärt till en närmare harmonisering. Jfr redogörelsen ovan under 5.1 Internationella åtaganden.

²⁹⁵ Baker & McKenzie report, s 4 och s 16.

²⁹⁶ Kommissionens direktivförslag, s 2. Europa-2020 är EU:s 10-års strategi för tillväxt. Se vidare KOM(2010)2020 slutlig.

²⁹⁷ Kommissionens direktivförslag.

²⁹⁸ Rådets direktivförslag.

²⁹⁹ Kommissionens uppfattning om att direktivet skulle kunna antas redan i slutet av 2014 har redan, inte särskilt förvånande, visat sig vara alltför optimistisk. Se SWD (2013) 493 final.

till hösten 2015. Från det att direktivet antas kommer medlemsstaterna sedan sannolikt ha två år på sig för genomförandet av direktivet.³⁰⁰

6.2 Mottagande av förslaget

Av de remissvar som inkommit till justitiedepartementet med anledning av direktivförslaget är den stora majoriteten positiva till att en lagstiftning om skydd för företagshemligheter införs på EU-nivå.³⁰¹ Endast ett fåtal remissinstanser har visat skepsis mot en harmonisering av skyddet för företagshemligheter.³⁰² Flertalet remissinstanser är positiva till utformningen av förslaget i stort och har endast mindre anmärkningar i anslutning till specifika bestämmelser.³⁰³

På internationell nivå är Aplin³⁰⁴ en av få som ställt sig kritisk till direktivförslaget. Aplin menar att förslaget är för generellt utformat för att kunna leda till någon mer långtgående harmonisering. Detta är resultatet av att en rad bestämmelser har getts en ytterst generell utformning samt att det är upp till medlemsländerna att implementera direktivet på det vis de anser passa bäst. Aplin menar med anledning av detta att det finns en risk för att den EU-rättsliga lagstiftningen gällande företagshemligheter även fortsättningsvis kommer att vara splittrad.³⁰⁵

6.3 Kort om förslaget

Direktivförslaget innehåller regler för skydd mot olagligt anskaffande, utnyttjande och röjande av företagshemligheter. Det står medlemsstater fritt att föreskriva ett mer långtgående skydd än vad direktivet föreskriver under förutsättning att vissa bestämmelser efterlevs.³⁰⁶ Det rör sig således om ett minimidirektiv.³⁰⁷ De flesta bestämmelserna i direktivförslaget motsvaras av

³⁰⁰ Uppgift från Jacob Aspegren, ämnesråd vid Enheten för fastighetsrätt och associationsrätt, Justitiedepartementet. I mejlkonversation 2015-05-22. Tidigare gjordes prognosen att ett antagande skulle kunna vara aktuellt redan till sommaren 2015.

Diskussionerna kring definitionen av begreppet företagshemlighet, arbetstagares rörlighet samt yttrandefrihet har visat sig dra ut på tiden.

³⁰¹ Remissvaren har i skrivande stund ännu inte sammanställts och analyserats av justitiedepartementet (se dock 2013/14:FPM42 där en mycket översiktlig redogörelse lämnas). De remissvar som undersökts är alla de remissvar som inkommit till justitiedepartementet i ärende Ju2013/8252/L1.

³⁰² Det rör sig om TCO, SACO och LO som alla uttryckt liknande rädsla för att en EU-rättslig reglering skulle kunna inskränka den grundlagsskyddade yttrandefriheten och orsaka inläsningseffekter på arbetsmarknaden. Se remissvar, TCO, Remissvar, SACO och remissvar, LO.

³⁰³ Se exempelvis remissvar från Juridiska fakultetsstyrelsen, Småföretagarnas riksförbund, Tillväxtverket, PRV och Advokatsamfundet.

³⁰⁴ Professor vid Dickson Poon School of Law (King's College London) specialiserad på immaterialrätt.

³⁰⁵ Aplin, *A critical evaluation of the proposed Eu trade secrets directive*, s 7ff och s 47.

³⁰⁶ Rådets direktivförslag art 1.

³⁰⁷ Lunde, *An overview of the Draft Directive on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (Trade Secrets), COM(2013)813. Protection of trade secrets in Norway in the light of the Proposed directive*, s 128.

eller ligger mycket nära de bestämmelser som finns i FHL.³⁰⁸ Det finns dock en del skillnader av både större och mindre betydelse. Nedan belyses några bestämmelser av betydelse för uppsatsens frågeställning. Läsaren ska observera att det inte görs någon heltäckande redogörelse för alla de bestämmelser som vid en implementering av förslaget skulle kunna påverka utformningen av FHL.

Direktivförslaget innehåller till skillnad från FHL inga straffrättsliga bestämmelser. Kommissionen ansåg att det inte vore lämpligt att införa straffrättsliga sanktioner i nuläget dels eftersom det saknas en EU-rättslig harmonisering av straffrättsliga sanktioner, dels eftersom proportionalitetsprincipen innebär att straffrättsliga sanktioner bör vara en sista utväg.³⁰⁹ Medlemsstaterna har vid behandling av frågan i rådet varit eniga om att direktivet inte bör påverka de nationella befogenheterna vad det gäller den straffrättsliga lagstiftningen.³¹⁰ Om direktivförslaget skulle genomföras skulle det därmed inte innebära något hinder för att i svensk rätt behålla de straffrättsliga bestämmelserna i FHL.

En omständighet som uppmärksammats av flertalet svenska remissinstanser är att direktivförslaget saknar bestämmelser om inskaffande av bevisning eller regler kring bevisbörda vid rättegång om påstått angrepp på företagshemligheter. Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet framför att detta är mycket olyckligt eftersom erfarenhet visat att det finns betydande bevissvårigheter för den som anser sig utsatt för ett angrepp.³¹¹ SIFP har framfört åsikten att det rättsliga skyddet och därmed bevisningsmöjligheterna bör jämföras med vad som gäller för övriga immaterialrätter och att sanktionsdirektivet borde vara tillämpligt.³¹² SFIR ställer sig även de kritiska till att det saknas bestämmelser om bevisningsåtgärder.³¹³ SACG efterfrågar bestämmelser om intrångsundersökning och informationsföreläggande.³¹⁴ Advokatsamfundet menar att förslaget bör utformas ”i samklang med” sanktionsdirektivet.³¹⁵

Direktivförslaget har till skillnad från FHL en abstrakt istället för kasuistisk utformning, detta har välkomnats av Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet. Vidare ställer sig fakultetsstyrelsen positiv till att det i förslaget inte görs någon uppdelning på personkategorier. Förslaget omfattar istället alla personer som kommer i kontakt med företagshemligheter. Även sådana personkategorier som fallit utanför FHL, exempelvis styrelseledamöter, revisorer och bemanningsanställda.³¹⁶ Om direktivförslaget skulle gå

³⁰⁸ 2013/14:FPM42 s 2. Jfr även remissvar, Juridiska fakultetsstyrelsen.

³⁰⁹ SWD (2013) 471 final, s 57f samt SWD (2013) 472 final, s 6f.

³¹⁰ Rådets direktivförslag s 3.

³¹¹ Remissvar, Juridiska fakultetsstyrelsen.

³¹² Remissvar, SIFP. Med sanktionsdirektivet avses Rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter.

³¹³ Remissvar, SFIR.

³¹⁴ Remissvar, SACG.

³¹⁵ Remissvar, Advokatsamfundet.

³¹⁶ Remissvar, Juridiska fakultetsstyrelsen, s 2.

igenom skulle det därmed innebära att flera av de luckor som uppmärksammats i ovanstående avsnitt skulle kunna täppas till.

6.4 Särskilt om intrångsgörande varor

6.4.1 Inledning

Intrångsgörande varor definieras i direktivförslaget som ”varor vars formgivning, kvalitet, funktion, tillverkningsprocess eller marknadsföring gynnas avsevärt av olagligen anskaffade, utnyttjade eller röjda företagshemligheter”.³¹⁷ Intrångsgörande varor är den term som valts som översättning av den engelska termen *infringing goods*.³¹⁸ Såväl interimistiska som slutliga sanktioner kan komma att göras gällande mot intrångsgörande varor.³¹⁹ Genom att även intrångsgörande varor omfattas av direktivförslagets bestämmelser ges ett mer långtgående skydd än vad som följer av FHL. SACG är den enda svenska remissinstans som kommenterat detta faktum och de menar att en sådan princip är rimlig ”eftersom det leder till att angreppsgörare inte ges möjlighet att göra vinning och inte heller räkna på vinning som resultat av ett angrepp”.³²⁰ Efter att ha studerat direktivförslaget i sin helhet är min slutsats att definitionen av intrångsgörande varor, i kombination med de åtgärder som kan sätta in mot sådana, innebär den mest intressant nyheten. I praktiken kan bestämmelserna skapa helt nya möjligheter för näringsidkare att skydda sitt brand och därmed även de investeringar som görs i branding.³²¹

6.4.2 Avsevärt gynnande

Kommissionen har kommenterat definitionen av ”infringing goods” på följande vis:

”The definition of ‘infringing good’ integrates a proportionality assessment. The goods which are designed, manufactured or marketed carrying out an unlawful conduct must benefit to a significant degree from the trade secret in question to be considered as infringing goods. The test should be used when considering any measures directly affecting goods manufactured or put in the market by an infringer.”³²²

Uttalandet är enligt min mening något otydligt. Det är inte helt klart huruvida en proportionalitetsbedömning ska göras enbart då en domstol ska

³¹⁷ Art 2 punkt 4. Definitionen är den samma i rådets direktivförslag som i kommissionens direktivförslag.

³¹⁸ Huruvida denna översättning är korrekt kommenteras nedan.

³¹⁹ Rådets direktivförslag art 9 (interimistiska åtgärder) och art 11 (förelägganden och korrigeringsåtgärder).

³²⁰ Remissvar, SACG, s 2.

³²¹ Se vidare resonemang nedan under rubriken 6.4.4.

³²² Kommissionens direktivförslag, s 7. Att en proportionalitetsprövning ska göras vid beslutsfattande om åtgärder framgår direkt i direktivförslaget art 10 samt art 12 och förtydligas ytterligare i p 17 i direktivförslaget där det framgår att intrångsgörande varor inte nödvändigtvis ska förstöras om det finns andra verkningfulla alternativ som exempelvis att beröva varorna dess intrångsgörande karaktär.

fatta beslut om vilka åtgärder som ska vidtas mot en vara som funnits vara intrångsgörande, eller om en proportionalitets bedömning ska göras även då domstolen tar ställning till frågan om en vara överhuvudtaget ska anses vara intrångsgörande till följd av att dess formgivning, kvalitet, funktion, tillverkningsprocess eller marknadsföring *gynnats avsevärt* av olagligen anskaffande, utnyttjande eller röjda företagshemligheter. Den rimliga slutsatsen måste dock vara att det endast är en proportionalitetsbedömning som avses, dvs. i förhållande till vilka åtgärder som kan bli aktuella. Huruvida en vara är intrångsgörande eller inte avgörs istället genom hur kravet på avsevärt gynnande ska tolkas. Bedömningen av om någonting gynnats avsevärt eller inte synes vara en rent kvantitativ sådan varpå uttalandet om att definitionen omfattar en proportionalitetsbedömning är något missvisande.

SFIR har i sitt remissvar kommenterat just kravet på avsevärt gynnande (eng. significantly benefit) och menar att detta krav kan ge upphov till en rad tolkningssvårigheter. SFIR menar också att kravet på avsevärt gynnande medför att en innehavare av en företagshemlighet i många intrångssituationer kommer att sakna tillgång till de rättsmedel som tillhandahålls i direktivet. Denna begränsning menar SFIR är omotiverad och föreningen menar att alla de åtgärder som räknas upp i artikel 9 och artikel 11 i förslaget bör vara tillgängliga för samtliga lagliga innehavare av företagshemligheter som drabbas av angrepp (med förbehållet att en proportionalitets- och intresseavvägning i det enskilda fallet skulle tala för något annat). Med kravet på avsevärt gynnande följer enligt SFIR en risk för att de rättsmedel som föreslås i direktivet blir tillgängliga i alltför begränsad utsträckning.³²³

I likhet med SFIR uppmärksammar SACG att kravet på avsevärt gynnande är problematiskt eftersom det leder till tolkningssvårigheter. SACG föreslår en definition med ett smalare omfång nämligen att med intrångsgörande vara ska förstås ”varor vars formgivning, kvalitet, tillverkningsprocess eller marknadsföring ”utgör en direkt följd av eller är direkt beroende av” företagshemlighet som olagligen anskaffats, nyttjats eller röjts.”³²⁴

SACG menar, till skillnad från SFIR, att det inte är önskvärt att utvidga definitionen till att inkludera alla varor som berörs av en företagshemlighet. SACG motiverar detta med att det inte kan anses vare sig proportionerligt eller adekvat att i alla fall, utöver sanktioner mot angreppshandlingen i sig, även rikta sanktioner mot aktuella varor. Exemplet ges att angreppsgöraren enbart gjort en tidsvinst i sin produktframtagning. En sådan situation menar SACG bör hanteras vid skadeståndsbedömningen avseende det faktiska angreppet på den företagshemliga informationen. Om det istället rör sig om en vara som angreppsgöraren inte utifrån sin kunskap eller kapacitet annars hade kunnat producera kan ett förbud även mot själva varan anses motiverat.³²⁵

³²³ Remissvar, SFIR s 2f.

³²⁴ Remissvar, SACG, s 2.

³²⁵ Remissvar, SACG, s 2f.

Som SACG och SFIR sätter fingret på i sina remissvar finns det två problem med att begreppet ”avsevärt” används i definitionen. Det första är att det är ett begrepp som måste tolkas för att ges närmare betydelse. Vart går egentligen skillnaden mellan gynnande och avsevärt gynnande? Att begreppet lämnar utrymme för tolkning behöver dock inte nödvändigtvis enbart vara negativt eftersom tolkningsutrymme möjliggör flexibilitet. Det andra problemet är att kravet på avsevärt gynnande, beroende på hur domstolarna tolkar detsamma, kan komma att innebära en alltför högt ställt krav. Om graden av gynnande som måste föreligga för att åtgärder som föreskrivs i art 9 och art 11 sätts för högt kommer det att innebära att det positiva resultat som uppnås genom att införa sanktioner mot intrångsgörande varor urholkas. Precis som påpekats av SFIR kommer då en stor del av innehavare av företagshemligheter sakna rättsmedel för att kunna ingripa mot intrångsgörande varor.

6.4.3 Även tjänster?

PRV konstaterar i sitt remissutlåtande att det i direktivförslaget framstår som att avsikten är att ”infringing goods” endast ska avse fysiska varor. PRV konstaterar också att någon sådan slutsats inte är självklar enbart utifrån termen ”infringing goods” och menar att det bör utredas om inte även tjänster bör omfattas.³²⁶ SFIR har i sitt remissvar anmärkt på att översättningen av begreppet ”infringing goods” till intrångsgörande varor inte är lämplig. Detta eftersom ”Varor är just fysiska varor (”articles”), medan det som är föremål för företagshemlighetsskydd naturligtvis avser någonting annat och vidare, som eventuellt produktbegreppet kan täcka”.³²⁷

SFIR:s kommentar ger enligt min mening upphov till uppfattningen att SFIR utgått ifrån att termen ”infringing goods” är tänkt att omfatta även tjänst. Referensen till produktbegreppet (som i vart fall i marknadsrättslig mening omfattar även tjänst) tyder på en sådan uppfattning.³²⁸ SFIR:s uppfattning är enligt min mening fullt förståelig med tanke på att det är svårt att hitta någon motivering till att en intrångsgörande tjänst inte skulle vara lika problematisk som intrångsgörande (fysiska) varor.

Rådet har i de inledande punkterna i sitt förslag gjort en del ändringar i jämförelse med kommissionens förslag. Rådet skriver angående interimistiska åtgärder att det är ”viktigt att föreskriva snabba ändamålsenliga och tillgängliga interimistiska åtgärder för ett omedelbart upphörande med det olagliga anskaffandet, utnyttjandet eller röjandet av en företagshemlighet, även då denna företagshemlighet utnyttjas för att tillhandahålla tjänster”.³²⁹ Rådet skriver även att det är viktigt att föreskriva åtgärder som förhindrar ytterligare olagligt utnyttjande eller röjande ”även

³²⁶ Remissvar, PRV, s 2 och s 7.

³²⁷ Remissvar, SFIR, s 2.

³²⁸ Jfr definitionen av produkt i 3 § MFL som omfattar ”varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter”.

³²⁹ Rådets direktivförslag, p 15 (min kursivering).

då denna företagshemlighet utnyttjas för att tillhandahålla tjänster”.³³⁰ Dessa formuleringar fanns inte med i kommissionens direktivförslag.³³¹ Rådets uttalanden innebär ett förtydligande om att rättsliga medel ska vara tillgängliga även i fall då en företagshemlighet anskaffas, röjs eller nyttjas för att tillhandahålla tjänster. Uttalandena ger inget direkt stöd för att tjänster ska omfattas av begreppet intrångsgörande varor. Tvärtom tolkar jag avsaknaden av ett motsvarande förtydligande i p 17 i rådets direktivförslag, som berör rättsmedel tillgängliga mot intrångsgörande varor, som att tjänst inte omfattas av begreppet.³³² Denna slutsats stärks av det faktum att de rättsmedel som finns tillgängliga framstår som utformade för att användas då det rör sig om just fysiska varor.³³³ Särskilt illustrativ i detta avseende är art 11.3 som ger medlemsstaterna möjlighet att föreskriva att rättsliga myndigheter får besluta om att de intrångsgörande varorna ska överlämnas till innehavaren eller välgörenhetsorganisationer.³³⁴

Det ska påpekas att det som sägs i direktivförslagets preambel inte är rättsligt bindande. Inte heller uttalanden som gjorts i förarbeten tillmäts någon större betydelse vid tolkning av EU-rätten. Vid tolkning av enskilda EU-rättsliga bestämmelser utgår domstolen ifrån 4 tolkningsprinciper: Språklig tolkning, systematisk tolkning, syftestolkning och funktionell tolkning.³³⁵ Det är enligt min mening inte på något sätt självklart vad en tolkning av begreppet skulle komma att mynna ut i för slutsats.

Som PRV påpekat är det inte självklart utifrån det engelska begreppet ”infringing goods” att detta inte omfattar även tjänster. Det är inte omöjligt att en tolkning av begreppet skulle kunna leda till slutsatsen att även tjänster omfattas. Vid en tolkning av det svenska begreppet intrångsgörande vara är det mer troligt att begreppet inte anses omfatta även tjänster, detta eftersom den språkliga tolkningen innebär att domstolen försöker fastställa den normala språkliga innebörden av ett begrepp.³³⁶ Inget av de officiella språken i EU har något rättsligt företräde framför de andra.³³⁷ Om olika språkliga versioner skulle visa sig ha olika innebörd får därför en mycket omfattande tolkningsutredning göras.³³⁸ Med anledning av att det inte är helt klarlagt vad som är tänkt att omfattas av begreppet intrångsgörande varor bör detta fastställas direkt i lagtexten för att på så vis undvika kostsamma och tidskrävande tolkningsförfaranden i domstol.

Angående huruvida begreppet bör omfatta även tjänster är jag av åsikten att så borde vara fallet. Jag ser ingen anledning till att intrångsgörande tjänster

³³⁰ Rådets direktivförslag, p 16.

³³¹ Jfr Kommissionens direktivförslag, p 15 och 16.

³³² Jfr Kommissionens direktivförslag, p 17.

³³³ Jfr Rådets direktivförslag, art 9.1b-c, art 11.1 b-c samt art 11.2-3.

³³⁴ Rådets direktivförslag, art 11.3.

³³⁵ Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s 185ff.

³³⁶ Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s 185.

³³⁷ Bernitz, och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s 189.

³³⁸ Att de olika språkversionerna ska tillmätas lika stor vikt har fastställts av EU-domstolen. I mål C-125/05 Generaladvokatens yttrande p18-22 görs en redogörelse för de fyra principer som utvecklats för tolkning i fall då olika språkversioner skiljer sig från varandra.

inte skulle kunna stoppas på samma vis som intrångsgörande varor. Min ståndpunkt illustreras av följande exempel: ett företag A har använt företagshemlig information från företag B för att marknadsföra sin nya produkt. Om produktens marknadsföring gynnats avsevärt skulle det kunna leda till att produkten dras in ifrån marknaden och inte längre får marknadsföras eller säljas. Om företag A istället använt företagshemlig information som tillhört företag B för att marknadsföra en tjänst finns inte samma möjlighet. Det finns självfallet fortfarande möjlighet att förbjuda utnyttjandet eller användningen av informationen för att stoppa marknadsföringen men inte att stoppa tillhandahållandet av den tjänst som marknadsförts. En sådan ordning leder till att företag A skulle kunna räkna på riskerna och den potentiella vinsten med att använda företagshemlig information för att utforma sin marknadsföring. Den marknadsföring som redan skett kan inte dras tillbaka och har på så vis redan genererat ett värde hos företag A.

Det framstår för mig som svårbegripligt varför en näringsidkare som utnyttjat företagshemlig information för att tillhandahålla tjänster inte skulle kunna drabbas av samma påföljder som en näringsidkare som tillhandahåller produkter.

6.4.4 Marknadsföring som gynnats avsevärt?

Ur branding och marknadsföringssynpunkt är det särskilt intressant att notera att en vara kan vara intrångsgörande till följd av att dess *marknadsföring* gynnats avsevärt till följd av ett olagligt anskaffande, utnyttjande eller röjande av en företagshemlighet. Det krävs alltså inte att själva produkten på något vis är ett resultat av olovlig användning av företagshemlig information utan det är tillräckligt att marknadsföringen av varan gynnats avsevärt. Detta skulle i praktiken innebära att en vara som marknadsförts med utgångspunkt i företagshemligt material, som exempelvis marknadsundersökningar, strategiöverväganden och dylikt skulle kunna utgöra en intrångsgörande vara som därmed skulle kunna dras in från marknaden.³³⁹

Aplin ger följande exempel för att illustrera det föreslagna skyddets räckvidd: ett företag A tillverkar produkten X. Företag B som tillverkar produkten Y kommer olovligen över företag A:s företagshemlighet i form av Företag A:s kundlista. Kundlistan används av företag B för att marknadsföra produkten Y till företag A:s kunder. Produkten Y har i sig ingen koppling till företagshemligheten (kundlistan) men kan ändå komma att klassas som en intrångsgörande vara pga. att marknadsföringen av varan gynnats avsevärt av den olovliga användningen av företagshemligheten.³⁴⁰

³³⁹ Jfr Rådets direktivförslag, art 9 om interimistiska åtgärder och säkerhetsåtgärder och art 11 om förelägganden och korrigeringsåtgärder.

³⁴⁰ Aplin, *A critical evaluation of the proposed Eu trade secrets directive*, s 25–26. Fri översättning.

Att en vara skulle kunna dras in från marknaden som en konsekvens av att den konstaterats vara intrångsgörande till följd av en situation som den som målats upp ovan får anses vara anmärkningsvärt och jag är mycket förvånad att bestämmelsen inte ägnats mer uppmärksamhet av vare sig kommissionen, regeringen eller de olika remissinstanserna. Att kommissionen varit av uppfattningen att en situation som den som skisserats av Aplin skulle kunna resultera i att de intrångsgörande produkterna skulle kunna dras in från marknaden kan det med bakgrund av det uttalande som görs i p 17 i kommissionens direktivförslag inte råda någon tvekan om. I p 17 sägs följande:

”En företagshemlighet kan olagligen utnyttjas för att utforma, tillverka eller marknadsföra varor eller delar av varor som därefter kan spridas över den inre marknaden, vilket inverkar på det kommersiella intresset hos innehavaren av företagshemligheten och den inre marknads funktion. I dessa fall och när företagshemligheten i fråga har en betydande inverkan på den resulterade varans kvalitet, värde eller pris eller sänker dess kostnad eller underlättar eller påskyndar dess tillverknings- eller marknadsföringsprocesser är det viktigt att rättsliga myndigheter får befogenhet att vidta ändamålsenliga och lämpliga åtgärder för att se till att dessa varor inte släpps ut på marknaden eller för att de avlägsnas från marknaden.”³⁴¹

Formuleringen finns kvar även i Rådets direktivförslag och frågan synes inte behandlats ytterligare.³⁴²

Även om den teoretiska möjligheten finns, ser jag stora svårigheter för en näringsidkare att kunna bevisa att en annan näringsidkares marknadsföringsprocesser avsevärt gynnas till följd av att någon annans företagshemligheter använts.

6.5 Slutsatser

En EU-rättslig harmonisering av det rättsliga skyddet för företagshemligheter skulle uppenbarligen medföra en rad fördelar, främst för företag vars verksamhet är gränsöverskridande. Direktivförslaget har fått ett i huvudsak positivt bemötande och det verkar råda i huvudsak konsensus kring att en harmonisering av skyddet för företagshemligheter skulle vara av godo. Arbetet med direktivförslaget har kommit långt och det är sannolikt att ett färdigt förslag ska kunna gå igenom inom en inte alltför avlägsen framtid.

Direktivförslaget är ett minimidirektiv som inte påverkar medlemsländernas möjligheter att använda straffrättsliga påföljder för den som gjort sig skyldig till angrepp på företagshemligheter. FHL kommer således inte behöva arbetas om i denna del utan kan även fortsättningsvis innehålla straffstadganden.

³⁴¹ Kommissionens direktivförslag, p17.

³⁴² Rådets direktivförslag, p17.

Som direktivförslaget är utformat i nuläget skulle det medföra en rad förbättringar i skyddet för företagshemligheter i jämförelse med FHL. Exempelvis medför förslagets generella utformning att det inte uppstår luckor i skyddet på samma sätt som i FHL, där exempelvis vissa personkategorier inte kan hållas ansvariga. Dessa fördelar är generella och innebär förstärkningar av skyddet generellt och medför således fördelar även för den som vill skydda sitt koncept eller investeringar i branding.

Bestämmelserna kring intrångsgörande varor har potential att medföra helt nya möjligheter för en näringsidkare att förhindra att en annan näringsidkare utnyttjar företagshemlig information för att utforma sitt eget koncept, produkter eller brandingåtgärder. Exakt hur stor effekt dessa nya möjligheter kommer att få beror på hur reglerna ifråga ska tolkas. Som redogjorts för ovan råder det tveksamheter både kring hur begreppet infringing goods ska tolkas samt hur kravet på avsevärt gynnande ska bedömas.

Något som det inte kan sägas råda några tveksamheter om är att förslaget innebär möjligheter för näringsidkare att tvingas ta bort intrångsgörande varor från marknaden, även i fall då det enbart är marknadsföringen av desamma som gynnats. Detta innebär en helt ny möjlighet med fantastisk potential att verka som ett effektivt verktyg mot konkurrenter som använder företagshemlig information för att utforma marknadsföringen och konceptet kring det som tillhandahålls. Vilken effekt denna nya bestämmelse kan komma att få i praktiken är dock beroende av hur kravet på avsevärt gynnande ska tolkas.

Eftersom direktivförslaget inte innehåller några regler om bevisfrågor är min bedömning att de fördelar som följer på de nya bestämmelserna om intrångsgörande varor i praktiken kan få en svag genomslagskraft. Resonemanget kring bevisfrågorna är här detsamma som det som förts i anslutning till FHL. Svårigheterna med att bevisa att ett angrepp har skett och att viss information inte tagits fram självständigt eller att egna slutsatser dragits utifrån vad som är allmänt tillgängligt är det stora problemet med skyddet för företagshemligheter. Detta problem löses inte med det nya direktivförslaget.

7 Sammanfattande analys

Uppsatsens frågeställningar har behandlats ingående i varje kapitel avslutande slutsatser. Vad som närmare sagts däri kommer inte att upprepas i detta avsnitt som istället kommer att ägnas åt sammanfattning och reflexion utifrån de tidigare dragna slutsatserna.

Uppsatsens syfte var att undersöka *vilket rättsligt skydd som finns för en näringsidkare som genom omfattande brandingåtgärder byggt upp en identitet för sitt/ företaget/ verksamhet/ produkt mot att en annan näringsidkare efterliknar antingen det färdiga konceptet/identiteten eller metoderna för att bygga upp densamma.*

En rad olika för och nackdelar med såväl det marknadsrättsliga skyddet mot renommésnyltning som det företagshemliga skyddet har uppmärksammats.

Skyddet mot renommésnyltning tar sikte på vad som är synligt utåt mot konsumenter. För att ansluta till de begrepp som behandlats inledningsvis kan sägas att det är den uppbyggda *imagen* som skyddas genom denna skyddsform. Företagshemlighetslagstiftningen tar sikte på sådant som inte syns och kan därmed sägas ta sikte på *identiteten* och *personligheten* i en verksamhet. Företagshemlighetslagstiftningen utgör ingen ensamrätt och skyddar därmed inte emot en konkurrent som härmar. Däremot skyddar lagstiftningen sådan information som skulle underlätta för en konkurrent att förstå kärnan i en verksamhets *identitet*. På så vis kan efterliknande försvåras.

Uppsatsens fokus har varit att undersöka möjligheterna att skydda efterliknande av helheter. Immaterialrätterna är inriktade på skydd av olika konkreta objekt och utföranden och ger inget helhetsskydd i den meningen som åsyftas här. En annan sak är att många immaterialrätter i kombination med varandra kan skapa ett relativt bra skydd mot närgånget efterliknande av koncept. Den bakomliggande tanken och konceptet skyddas dock inte.

Såväl skyddet mot renommésnyltning som skyddet mot företagshemligheter erbjuder visst helhetsskydd. Båda dessa skyddsformer kan ta ett större grepp och omfatta fler moment än de immaterialrättsliga skydden men faktum kvarstår att något heltäckande skydd som omfattar *alla* de moment som kan ingå i ett mera avancerat koncept inte finns (undantaget skulle vara framtida planer om ett koncept som ännu inte lanserats, i ett sådant fall får företagshemlighetslagstiftningen sägas erbjuda ett heltäckande skydd).

En reflexion som jag gjort vid genomgången av de olika möjligheter och begränsningar som ges enligt FHL och bestämmelserna om renommésnyltning är att det framförallt är större företag med möjlighet att lägga stora resurser för att uppnå skydd som har störst möjligheter att lyckas med sina föresatser. Problemet som finns i förhållande till

immaterialrätterna kvarstår därmed. För att renommésnyltning ska kunna göras gällande krävs det att det som snyltas på är välkänt på marknaden. Vid bedömningen av om något är välkänt tas i beaktande exempelvis hur stora investeringar som gjorts i marknadsföring. För ett mindre företag, särskilt uppstarts företag, finns det sällan några möjligheter att lägga stora summor på sådana poster. Det tar även tid för att nedlagda investeringar ska ge resultat i form av kännedom på marknaden. Att använda renommésnyltning som ett verktyg för att skydda ett koncept eller de investeringar som gjorts i branding blir därför mycket svårt för mindre bemedlade företag, detta oavsett hur stor inneboende potential det finns i konceptet i fråga och oavsett hur unikt detta är.

Gällande företagshemlighetslagstiftningen gör sig ett liknande problem gällande i det att lagstiftningen är utformad som ett skydd för den som skyddar sig själv, dvs. att det krävs strategiska överväganden på ett tidigt plan för att ett verkningsfullt skydd ska kunna ges. Ett mindre företag med mindre resurser och begränsad tillgång till rådgivning i frågor om hur exempelvis informationshanteringssystem kan utformas för att förhindra att information hamnar i fel händer riskerar att stå utan ett verkningsfullt skydd. Att små företags ska missgynnas har knappast varit lagstiftarens mening och det kan därför vara en god idé att ta dessa frågor i beaktande vid framtida reformer.

Varken skyddet för företagshemligheter eller skyddet mot renommésnyltning kan ge en verksamt ett helhetsskydd i alla stadier av utvecklingen av en verksamhet. Skyddet för företagshemligheter är av störst betydelse innan någonting lanserats på marknaden. Skyddet mot renommésnyltning blir verksamt först när verksamheten varit igång under en längre tid och det som önskas skyddas är väl känt på marknaden. Det finns därmed en lucka precis efter det att någonting upphört att vara hemligt och innan det att ett skydd uppkommer inom ramen för MFL:s generalklausul. Denna lucka får näringsidkare försöka att täppa till med hjälp av immaterialrätterna, problemet kvarstår då fortfarande att det skyddet är koncentrerat på särskilda objekt och inte på helheten.

Avslutningsvis ska sägas att det är möjligt för en näringsidkare som vill skydda sig mot ett efterliknande av det koncept och den identitet som byggts upp kring en verksamhet att göra detta på en rad olika vis. Alla de olika moment som kan omfattas av det moderna arbetet med branding kan inte skyddas genom enbart en skyddsform, utan det krävs strategiska överväganden och ett arbete på flera fronter för att en så hög skyddsgrad som möjligt ska kunna erhållas. Strategiska överväganden är mist lika viktiga för näringsidkare som önskar skydda sig med hjälp av MFL och FHL som de som väljer att bygga upp sitt skydd genom de olika immaterialrättsliga lagstiftningarna. Det bästa och mest verkningsfulla skyddet uppstår då immaterialrätterna kan kombineras med skyddet för företagshemligheter och skyddet mot renommésnyltning eftersom dessa två skyddsformer kan omfatta långt mer än vad som ryms inom de immaterialrättsliga skydden.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Sverige

Proposition 1970:57 Förslag till lag om otillbörlig marknadsföring m.m.

Proposition 1979/80:2 Med förslag till sekretesslag m.m.

Proposition 1987/88:155 Om skydd för företagshemligheter.

Proposition 1994/95:35 Sveriges anslutning till

Världshandelsorganisationen m.m.

Proposition 1994/95:123 Ny marknadsföringslag.

Proposition 1998/88:11 Ny skyddsåtgärd vid immaterialrättsintrång.

Proposition 2007/08:115 Ny marknadsföringslag.

Proposition 2009/10:225 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.

SOU 2001:26 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.

SOU 2008:63 Förstärkt skydd för företagshemligheter.

SOU 2013:79 Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet.

SOU 2014:31 Visselblåsare – Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

SOU 2015:16 Ökat värdeskapande ur immateriella tillgångar.

Lagutskottets betänkande 1989/90:LU37 Skydd för företagshemligheter.

Lagrådsremiss, Ett bättre skydd för företagshemligheter. Överlämnad till lagrådet den 12 december 2013. Justitiedepartementet. Tillgänglig via: www.regeringen.se (Senast hämtad 2015-05-24).

Lagrådets yttrande, Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2014-01-08. Yttrande över förslag till lag om ändring i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Tillgänglig via: www.lagradet.se (Senast hämtad 2015-05-24).

Regeringskansliet Faktapromemoria 2013/14:FPM42 Direktiv om företagshemligheter.

Remissvar Ju2013/8252/L1, Europeiska kommissionens förslag till direktiv om skyddet för företagshemligheter (KOM(2013)813 slutlig):

Småföretagarnas riksförbund, Dnr 23/2013, 2013-12-11. (Cit. Remissvar, Småföretagarnas riksförbund).

Tillväxtverket, Dnr 1.3.1-2013-5026. (Cit. Remissvar, Tillväxtverket).

SIPF, Svenska industrins IP förening, 2013-12-13. (Cit. Remissvar, SIPF).

SFIR, Svenska föreningen för immaterialrätt, 2013-12-14. (Cit. Remissvar, SFIR).

SACG, Svenska föreningen mot piratkopiering, 2013-12-13. (Cit. Remissvar, SACG).

TCO, Tjänstemännens centralorganisation, Dnr 13-0129, 2013-12-13. (Cit. Remissvar, TCO).

PRV, Dnr 2013/2953, 2013-12-16. (Cit. Remissvar, PRV).

SACO, svenska akademikers centralorganisation, Rnr 89.13, 2013-12-13. (Cit. Remissvar, SACO).

Juridiska fakultetsstyrelsen vid Lunds universitet, Dnr LUR 2013/158. (Cit. Remissvar, Juridiska fakultetsstyrelsen).

Advokatsamfundet, R-2013/2111, 2013-13-12. (Cit. Remissvar, Advokatsamfundet).

LO, Dnr 20130490, 2013-12-12. (Cit. Remissvar, LO).

EU

Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS FÖRORDNING om ändring av rådets förordning(EG) nr 207/2009 om gemenskapsvarumärken. COM(2013) 161 final – 2013/0088 (COD), 2013-03-27. (Cit. COM/2013/161). Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24).

Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar. COM2013/162 final – 2013/0089 (COD), 2013-03-27. (Cit. COM/2013/162). Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24).

Europeiska kommissionen, Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om att skydda Know-how och företagsinformation (företagshemligheter) som inte har röjts från att olagligen anskaffas, utnyttjas och röjas. Interinstitutionellt ärende 2013/0402(COD). Bryssel 2013-11-23. COM(2013)813 final. (Cit. Kommissionens direktivförslag). Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24).

Executive summary of the Impact assessment accompanying the document proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful aquisition, use and disclosure. Bryssel, 2013-11-28. SWD(2013)472 final. (Cit. SWD(2013)472 final). Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24).

Impact assesment accompanying the document proposal for a Directive of the European parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful aquisition, use and disclosure. Bryssel, 2013-11-28. SWD(2013)471 final. (Cit. SWD(2013)471 final). Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24).

Commission staff working document. Implementation Plan. Accompanying the document Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and

disclosure. Bryssel, 2013-11-28. SWD(2013)493 final. (Cit. SWD(2013)493 final). Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24). Europeiska Unionens råd, Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om att skydda know-how och företagsinformation (företagshemligheter) som inte har röjts från att olagligen anskaffas, utnyttjas eller röjas, Interinstitutionellt ärende 2013/0402(COD). PI 67, CODEC 1295. Bryssel, 2014-05-19. (Cit. Rådets direktivförslag). Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24).

Litteratur

Aplin, Tanya, *A critical evaluation of the proposed Eu trade secrets directive*, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series, paper no. 2014-25. Tillgänglig via: www.papers.ssrn.com (Senast hämtad 2015-05-24).

APPLE marginellt före IKEA när Apples butiksinredning granskades, Brandnews, 1/2015 s 30–31.

Bainbridge, David; Howell, Claire, *Intellectual property asset management – How to identify, protect, manage and exploit intellectual property within the business environment*, Routledge, 2014.

Bengtsson, Henrik; Arndt, Oskar, *Interimistiska förbud och bevissäkring vid angrepp på företagshemligheter*, JT 2008/09 s 241–261.

Bengtsson, Henrik; Kahn, Johan, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis – del 2*. Ny Juridik 3:05 s 7–41.

Bengtsson, Henrik; Kahn, Johan, *Företagshemligheter i domstolarnas praxis*, Ny Juridik 4:02 s 7–46.

Bentley Lionel; Davis, Jennifer; Ginsburg Jane C, *Trade Marks and Brands – an interdisciplinary Critique*, Cambridge University Press, 2008.
Domeij, Bengt, *Patenträtt*, Iustus Förlag AB, 2007.

Bernitz, Ulf, *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare – det glömda rättsområdet*, i Festskrift till Jan Hellner, PA Norstedts & Söners Förlag, 1984, s 115–145.

Bernitz, Ulf; Karnell, Gunnar; Pehrson Lars, Sandgren, Claes, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, 13 uppl., Handelsbolaget Immaterialt Rättsskydd i Stockholm, 2013.

Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, 5 uppl., Norstedts juridik AB, 2014.

Bernitz, *Förväxlingsbart utnyttjande av kännetecken och marknadsföringskoncept*, JT 1993/94 s 540–545.

Björkenfeldt, Maths, *Till frågan om varumärkets funktioner. Kommentar till Högsta domstolens dom den 9 juli 2014 (T 301/12)*. NIR 3/2014 s 289–294.

Borgenhäll, Håkan, *Dubbelt och flerdubbelt skydd – överlappande rättigheter angående bruksvaror*, NIR 2000 s 560–565.

Chasser, Anne H; Wolfe, Jennifer C, *Brand Rewired – Conneting intellectual Property, Branding, and Creative Strategy*, JohnWiley & Sons, Inc, 2010.

Clifton, Rita, m.fl., *Brands and Branding*, The Economist i samarbete med Profile books ltd, 2 uppl., 2009.

Conradi, Thomas, *Tio sanningar er marknadsavdelning mörkar*, Liber AB, 2012.

Fahlbeck, Reinhold, *Lagen om skydd för företagshemligheter - en kommentar och rättsöversikter*, 3 uppl., Norstedts Juridik AB, 2013.

Falonius, Tommy, *Varumärket inifrån och ut – En handbok i internt varumärkesarbete*, Liber AB, 2010.

Fill, Chris, *Marketing Communications, brands, experiences and participation*, 6 uppl., Pearson Education Limited, 2013.

Hettne, Jörgen; Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod–Teori och genomslag i svensk rätt*, Norstedts Juridik AB, 2 uppl., 2011.

Kapferer, J.N, *The new strategic brand management–advanced insights & strategic thinking*, 5 uppl., 2012.

Koch, Michaël, *Tio år med lagen om skydd för företagshemligheter*, i festskrift till Hans Stark, Jure AB, 2001.

Kotler, Philip; Levy, Sidney, *Broadening the concept of marketing*, Journal of marketing 33(1) s 10-15. Tillgänglig via: www.jstor.org (Senast hämtad 2015-05-24).

Levin, Marianne, *Marknadsföringslagen – En kommentar*, Karnov Group Sweden AB, 2014.

Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 10 uppl, Norstedts Juridik AB, 2011.

Lidgard, Hans Henrik, *Swedish Copyright Evergreens Mini-maglite?* Tillgänglig via: www.lup.lub.lu.se (Senast hämtad 2015-05-24).

Lunde, Tore, *An overview of the Draft Directive on the Protection of Undisclosed Know-how and Business Information (Trade Secrets), COM (2013)813. Protection of Trade Secrets in Norway in the Light of the Proposed Directive*. NIR 1/2015 s 127–137.

Lunell, Erika, *Okonventionella varumärken – form, färg, doft, ljud*, Norstedts Juridik AB, 2007.

Löfgren, Ola, (Lag (1990:409) om skydd för företagshemligheter, kommentaren till 2 § not 14), i Karnov, internet. (Senast hämtad 2015-05-24).

Maunsbach, Ulf; Wennersten, Ulrika, *Grundläggande immaterialrätt*, Gleerups Utbildning AB, 2009.

Melin, Frans, *Varumärkesstrategi – Om konsten att utveckla starka varumärken*, uppl. 6, Liber AB, 2014.

Melin, Frans, *Varumärket som strategiskt konkurrensmedel – om konsten att bygga upp starka varumärken*, Lund University Press, 1997.

Nedsänkt lock gör snusdosor registrerbara, Brandnews, 1/2015 s 22–24.

Nordell, Per Jonas, *Transaktionstestet och dess tillämpning i Marknadsdomstolens praxis*. NIR 2011 s 547–557.

Nordell, Per Jonas, *Utvecklingen på immaterialrättsområdet i Sverige 2008-2010*. NIR 2010 s 543–562.

Nordell, Per Jonas, *Efterbildning och renommésnyltning i Marknadsdomstolen. Kommentar till MD 2006:19 (Vi)*, NIR s 213–218.

Nordell, Per Jonas, *Renommésnyltning i marknadsdomstolen*, JT 1999/00 s 651–658.

Peczenik Aleksander – *Juridikens teori och metod*, Norstedts Juridik, Fritzes Förlag AB, 1995.

Renman Claesson, Katarina; Wainikka, Christina, *Konstjuridik – Med konstnären i fokus*, Norstedts Juridik AB, 2014.

Sandgren, Claes - *Vad är rättsvetenskap*, Jure förlag AB, 2009.

Sandgren, Claes - *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, 2 uppl., Norstedts Juridik AB, 2007.

Sandgren, Claes, *Skyddet för företagshemligheter*, JT 1998/99 s 666–676.

Smith, Gordon D, The "Branding Effect" of Contracts, 12 Harvard Negotiation Law Review, 2007, s 189-199. Tillgänglig via: www.heinonline.org (Senast hämtad 2015-05-25).

Spångberg, Michael, *Investeringsskyddet inom varumärkesrätten. Är skyddet för kända varumärken bara imaginärt?* NIR 6/2013 s 609–619.

Stenvik, Are, *Rettsbeskyttelse av forretningskonsepter og-metoder*, i Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15-17 augusti 2002, Del 1, s 531-568.

Stenvik, Are, *Rättsligt skydd för affärskoncept och metoder*, i Förhandlingarna vid Det 36 nordiska juristmötet i Helsingfors 15-17 augusti 2002, Del 2, s 209-225.

Steen, Henrik, *Genomsnittskonsumentens snedvridna ekonomiska beteende – konsekvenserna av svenskt införlivande av direktivet om otillbörliga affärsmetoder*, Europarättslig Tidsskrift, 2009 s 617–638.

Ståhlros, Leif, *Företagshemligheter–know how*, Juristförlaget, 1986.

Svensson m.fl., *Praktisk marknadsrätt*, 8 uppl., Norstedts Juridik AB, 2010.

Tonell, Magnus, *Sekretessavtal – och det rättsliga skyddet för företagshemligheter*, Jure Förlag AB, 2012.

Uggla, Henrik, *Portföljstrategier – varumärket som lagspelare*. Liber AB 2014.

Uggla, Henrik, *Varumärkesstrategi i verkligheten*, Studentlitteratur, 2013.

Ulfsdotter, Sara, *Den immaterialrättsliga utvecklingen i Sverige under åren 2012-2014- patenträtt, designrätt och skydd för företagshemligheter*. NIR 1/2015 s 60–73.

Wainikka, Christina, *Att skydda innovationer – Affärer, risker och möjligheter*, Studentlitteratur AB, 2013.

Wainikka, Christina, *Företagshemligheter – en introduktion*, Studentlitteratur AB, 2010.

Övrigt material

Fudin, Sarah, Blogg, 100 ways to define branding. Tillgänglig via: www.branding.sva.edu/what-is-branding (Senast hämtad 2015-05-25).

ICC:s Regler för reklam och marknadskommunikation. Konsoliderad version, 2011. Tillgänglig via: www.icc.se (Senast hämtad 2015-05-24).

Interbrand, Best Global Brands, 2014. Tillgänglig via:
www.bestglobalbrands.com (Senast hämtad 2015-05-25).

Interbrand, Interbrand's 15th annual Best Global Brands Report, 2014-10-09. Tillgänglig via: www.interbrand.com (Senast hämtad 2015-05-25).

Meddelande från kommissionen, Europa 2020, En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla. Bryssel 2010-03-03. KOM(2010) 2020 slutlig. (Cit. KOM(2010) 2020 slutlig). Tillgänglig via: www.eur-lex.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-25).

Mejlkontakt med Jacob Aspegren, ämnesråd vid Enheten för fastighetsrätt och associationsrätt, Justitiedepartementet. 2015-05-22.

NE.se uppslagsord: koncept. (Senast hämtad 2015-05-22).

PRV:s samlade avgifter. Version 2015-05-02. Tillgänglig via: www.prv.se (Senast hämtad 2015-05-24).

Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System presented by max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law, Munich, 2011-02-15, (Cit. Max Planck Study). Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24).

Study on Trade Secrets and Confidential Business Information in the Internal Market. Final Study. April 2013. Prepared for the European Commission. (Cit. Baker & McKenzie report) Tillgänglig via: www.ec.europa.eu (Senast hämtad 2015-05-24).

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

EUD dom 2002-12-12 i mål C-273/00 (Sieckmann)
EUD dom 2003-01-09 i mål C-292/00 (Davidoff II)
EUD dom 2003-10-23 i mål C-408/01 (Adidas/Salomon)
EUD dom 2004-10-07 i mål C-136/02 P (MagInstruments)
EUD dom 2011-09-22 i mål C-323/09 (Interflora)
EUD dom 2014-07-10 i mål C-421/13 (Apple)

Förslag till avgörande av generaladvokat L.A. Geelhoed – Mål C-125/05.
Föredraget 27 april 2006.

Högsta domstolen

NJA 1995 s 347 (Kreditgivningsinstruktionen)
NJA 1998 s 633 (JAHAB)
NJA 2001 s 362 (Andreas-målet)

Arbetsdomstolen

AD 2003 nr 21 (Bettans lilla röda)

Marknadsdomstolen

MD 1988:19 (Globen)
MD 1993:9 (Boss)
MD 1993:26 (Hemglass)
MD 1996:3 (Galliano)
MD 1999:21 (Robinson)
MD 2000:25 (Hästens)
MD 2002:10 (Hygglo)
MD 2002:20 (Yoggi champagne)
MD 2002:28 (Santa Maria)
MD 2003:16 (Brännvinskungen)
MD 2003:34 (4:e oktober)
MD 2008:15 (Maglite)
MD 2009:23 (Kättingmäster)
MD 2010:27 (Tip-Top)
MD 2011:1 (KappAhl/WeSC)
MD 2011:27 (Lilla Åland)
MD 2012:10 (Jultidningsförlaget)
MD 2012:11 (Datoteket)
MD 2013:18 (SMEKAB)
MD 2014:10 (Taxiskyltar)

Hovrätterna

Göta hovrätts dom 1996-06-18 i mål T 427- 95 (Boxholmmålet)
Svea hovrätts dom 2003-10-22 i mål B5221-03 (Ericsson)

Svea hovrätts dom 2015-01-23 i mål nr T-768-14 (Swedish Match – V2Tobacco)

Tingsrätten

Stockholms tingsrätts dom 2006-05-24 i mål T 1894-03 (Arla)

Stockholms tingsrätts dom 2014-03-03 i mål T-15623-12 (Bump)

Patentbesvärslagen

PBR:s dom 2014-12-12 i mål nr 13-097 och 13-098 (Apple)