



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jakob Fäste

Det är något bortom bergen
- En principorienterad undersökning av det
unionsrättsliga varumärkesskyddets
avtalsrättsliga dimensioner

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Sacharias Votinius

Termin för examen: Period 1 HT2017

Innehåll

SUMMARY	4
SAMMANFATTNING	5
1 INLEDNING	6
1.1 Allmänt	6
1.2 Uppsatsens övergripande syfte	10
1.3 Frågeställning	10
1.4 Avgränsningar	11
1.5 Perspektiv, metod och teori	13
1.6 Forskningsläge	15
1.7 Material	17
1.8 Uppsatsens disposition	17
2 BAKGRUND TILL DET UNIONSRÄTTSLIGA VARUMÄRKESKYDDET	19
3 DEN PRINCIPIELLA UPPFATTNINGEN ATT VARUMÄRKEN INNEHAR FUNKTIONEN ATT ANGE KOMMERSIELLT URSPRUNG	22
3.1 Vad som kan utgöra ett varumärke	22
3.2 Skyddet emot förväxlingsrisk	24
3.3 Konsumtion av ensamrättsinnehavarens rättigheter	26
3.4 Licensiering av varumärken	30
4 BETYDELSEN AV GOD- OCH OND TRO I SVENSK LAGSTADGAD AVTALS RÄTT	39
4.1 God- respektive ond tros betydelse för ingående av avtal	40
4.2 God- respektive ond tros betydelse för ogiltigförklarande av avtal	42
4.3 God- respektive ond tros betydelse för bedömningen av en avtalsprestations riktighet	43
4.4 God- respektive ond tros betydelse för huruvida en viss påföljd kan göras gällande	45

4.5	God- respektive ond tros betydelse för beräkningen av tidsfrister	46
5	BETYDELSEN AV GOD- OCH OND TRO I FÖRUTSÄTTNINGSLÄRAN	48
6	ANALYS	59
7	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	67
7.1	Källor	67
7.2	Litteratur	67
7.3	Lagkommentarer	69
8	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	70
8.1	Unionsrättsliga rättsfall	70
8.2	Svenska rättsfall	70

Summary

The trade mark law of the European Union confers legal rights on the proprietor of a trade mark and on the proprietor only – the law confers no legal rights on other legal entities. In this thesis it is examined whether, despite this fact, the trade mark law of the European Union may be used to confer legal rights on consumers on a contractual basis by means of the idea of trade marks which the trade mark law of the European Union is based on combined with the legal importance which is ascribed to good- and bad faith in contractual relationships. It is manifested, by means of an analysis of a number of fundamental provisions in the trade mark law of the European Union, that the trade mark law of the European Union is based on the idea that trade marks have the function of designating the commercial origin of goods and services – an idea which, according to the line of reasoning in the thesis, is of importance regarding whether a consumer and an undertaking are to be considered to be in good- or bad faith in a contractual context where a consumer obtains a product from a “wrong” undertaking due to an undertakings use of a sign which is confusingly similar to the trade mark of a certain undertaking and in a contractual context where the consumer obtains a product which is of less quality than the consumer, because of the trade mark that is affixed on the product, thought that the product would be of. The legal importance which Swedish contract law ascribes good- and bad faith in contractual relationships is thereafter examined. The main conclusion in the thesis is that the presence of good- and bad faith in contractual relationships is ascribed great legal significance in Swedish contract law and that the principles of the contractual situations in which this significance is reflected, may be used to confer legal rights on consumers in the contractual contexts regarding trade marks which are considered in the thesis.

Sammanfattning

Det unionsrättsliga varumärkesskyddet är utformat som ett skydd för ensamrättsinnehavare som uteslutande tillskriver dessa rättsliga anspråk. I denna uppsats undersöks det huruvida det unionsrättsliga varumärkesskyddet trots detta kan användas för att ge konsumenter rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund i kraft av den principiella uppfattning om varumärken som skyddet vilar på i kombination med den rättsliga relevans som tillmäts god- och ond tro i avtalsrelationer. I uppsatsen läggs det, genom en undersökning av fundamentala bestämmelser i den unionsrättsliga varumärkesrätten, i öppen dag att det unionsrättsliga varumärkesskyddet vilar på den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung – en principiell uppfattning som, enligt den argumentation som förs i framställningen, är av betydelse för huruvida en konsument och en näringsidkare ska anses befinna sig i god- respektive ond tro i en avtalsrättslig kontext där en konsument införskaffar en produkt från ”fel” näringsidkare på grund av en näringsidkares användning av ett tecken som är förväxlingsbart med en annan näringsidkares varumärke samt i en avtalsrättslig kontext där en konsument införskaffar en produkt som är av lägre kvalitet än vad konsumenten, till följd av det varumärke som produkten bär, förväntade sig att produkten skulle vara av. I framställningen undersöks sedan den rättsliga relevans som god- respektive ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk avtalsrätt. I framställningen dras slutsatsen att förekomsten av god- respektive ond tro i avtalsrelationer tillmäts stor rättslig betydelse och att de i uppsatsen identifierade typfallen där detta kommer till uttryck, kan användas för att ge konsumenter rättsliga anspråk i de avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som behandlas i framställningen.

1 Inledning

1.1 Allmänt

Det unionsrättsliga varumärkesskyddet är utformat som ett skydd för ensamrättsinnehavare som uteslutande tillskriver dessa rättsliga anspråk.¹ Skyddet grundas på den principiella uppfattningen att varumärken innehar en funktion som består av att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung.² Förevarande uppsats handlar om huruvida denna principiella uppfattning om varumärken kan användas i en avtalsrättslig kontext för att ge konsumenter rättsliga anspråk oaktat att det unionsrättsliga varumärkesskyddet är utformat som ett skydd för ensamrättsinnehavare. Den vedertagna uppfattningen i den rättsvetenskapliga litteraturen är att ensamrättsinnehavares och konsumentkollektivets intressen rörande varumärken i regel sammanfaller med varandra i så måtto att det exempelvis ligger i bådars intresse att tecken som är förväxlingsbara med ensamrättsinnehavares varumärken inte brukas på marknaden och att kvalitén å de varor och tjänster varpå ett varumärke anbringas är av enhetlig kvalitet.³ Mot bakgrund av att det ligger i ensamrättsinnehavares intresse att se till att förväxlingsbara tecken inte förekommer på marknaden och att kvalitén å de varor och tjänster som de producerar inte försämras, förväntas det att de kommer att agera rationellt och tillgodose dessa sina intressen.⁴

¹ Med termen *det unionsrättsliga varumärkesskyddet* avses i denna uppsats den rättsliga reglering av varumärken som återfinns i Europaparlamentet och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (hädanefter benämnd *direktiv 2008/95*) och i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken (hädanefter benämnd *förordning 2017/1001*). Beträffande skyddets utformning som ett skydd för ensamrättsinnehavare – Se direktiv 2008/95 respektive förordning 2017/1001 i sin helhet.

² Se framställningen i kapitel 3 i denna uppsats.

³ Se Ohly, Ansgar: "TRIPS and Consumer Protection". I: *TRIPS plus 20: from trade rules to market principles* (red.: Ullrich m.fl.), Springer, Heidelberg, 2016, s. 693-696. ; Se Landes, William M. & Posner, Richard A.: "Trademark Law: An Economic Perspective". I: *The Journal of Law & Economics*, Vol. 30, Nr. 2, okt., 1987, s. 268-270.

⁴ Se Landes & Posner (1987) s. 268-270. ; Jfr. Griffiths, Andrew: "A Law-and-Economics perspective on trade marks" I: *Trade marks and Brands. An Interdisciplinary Critique* (red.: Bentley, Lionel m.fl.), Cambridge, 2008, s. 245-250. ; Se även exempelvis Europeiska Kommissionens memorandum: "Memorandum on the creation of an EEC trade mark", publicerad i *Bulletin of the European Communities Supplement* 8/76, s. 22 där Europeiska kommissionen anförde följande: "The need for consumers to be protected from possible

Konsumentkollektivet skyddas till följd av detta agerande *indirekt* genom att ensamrättsinnehavaren skyddar sina egna intressen.⁵

I denna uppsats kommer det att ådagaläggas att konsumenter kan komma i åtnjutande av rättsliga anspråk på *avtalsrättslig grund* i händelse av att de förväxlar en ensamrättsinnehavares varumärke och en tredje mans tecken med varandra och i händelse av att kvalitén å de produkter som en ensamrättsinnehavares varumärke anbringas på inte motsvarar den kvalité som konsumenten hade förväntat sig, istället för att blott förlita sig på att ensamrättsinnehavare bevakar de rättigheter som den unionsrättsliga varumärkesrätten tillskriver dem. Den bärande tanken i framställningen är att så kan ske genom den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung i kombination med den rättsliga betydelse som tillmäts god- och ond tro i avtalsrelationer.

Att god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts relevans inom svensk (lagstadgad) avtalsrätt framträder tydligt vid ett studium av den svenska avtalslagen⁶, köplagen⁷ och konsumentköplagen^{8,9}. Vid ett dylikt studium framträder ett mönster i lagstiftningen där förekomsten av dessa element har avgörande betydelse både för frågan huruvida ett avtal överhuvud har kommit till stånd eller inte, för huruvida ett avtal kan ogiltigförklaras eller inte, för huruvida en avtalsprestation är att betrakta som riktigt utförd eller

errors about the commercial origin of goods is adequately met when the owners of prior marks assert their rights against applications by third parties for the registration of similar marks. Their interest in protecting the goodwill of their own marks against detrimental interference by third parties who have similar marks will, as a general rule, coincide with the interest of consumers in being protected from confusion regarding commercial origin.”

– Europeiska Kommissionens memorandum: “Memorandum on the creation of an EEC trade mark”, publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 8/76, s. 22.

⁵ Se Europeiska Kommissionens memorandum: “Memorandum on the creation of an EEC trade mark”, publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 8/76, s. 22.

⁶ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Lagen benämns genomgående i denna framställning *avtalslagen* respektive *den svenska avtalslagen*.

⁷ Köplag (1990:931). Lagen betecknas *köplagen* genomgående i framställningen.

⁸ Konsumentköplag (1990:932). Lagen betecknas *konsumentköplagen* genomgående i framställningen.

⁹ Se exempelvis 4 § avtalslagen, 17 § 2st. och 3st. köplagen, 16 § 2st. och 3st. konsumentköplagen.

inte, för huruvida en viss påföljd kan göras gällande vid ett avtalsbrott eller inte samt för beräkningen av tidsfrister inom vilka vissa meddelanden måste tillsändas den andra avtalsparten.¹⁰

Frågan om god- respektive ond tro är även av avgörande betydelse för huruvida det, i svensk rätt icke lagstadgade, avtalsrättsliga institutet *förutsättningsläran* kan användas för att ogiltigförklara ett ingånget avtal helt eller delvis. *Förutsättningsläran* föreskriver att en avtalspart helt eller delvis kan undgå bundenhet av ett avtal om en förutsättning för dennes ingående av avtalet har förfelats och, som kommer att utvecklas ytterligare nedan, denna förutsättning bland annat på något vis *har uppfattats* av den andra avtalsparten.¹¹

Den överväldigande betydelse som god- respektive ond tro i avtalsrelationer tillmäts både inom svensk lagstadgad avtalsrätt och i icke lagstadgad svensk avtalsrätt (exempelvis i *förutsättningsläran*) tycks ge uttryck för en djupare förståelse av avtal och avtalsparters ömsesidiga relation. Genom att betydelsen av god- och ond tro är av allmängiltig natur och den tycks gälla generellt vid alla former av avtal och dessutom har betydelse i flera olika typer av avtalsrättsliga spörsmål, kan den även användas i en avtalsrättslig kontext som består av att en konsument vid ingåendet av ett avtal med en näringsidkare förväxlar en ensamrättsinnehavares varumärke och en annan näringsidkares tecken med varandra och i en avtalsrättslig kontext där kvalitén å de produkter som ensamrättsinnehavarens varumärke anbringas på inte motsvarar den kvalité som konsumenten hade förväntat sig.¹²

Att god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts rättslig relevans på det sätt som har presenterats ovan är, självfallet, inte unikt för svensk rätt; god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts rättslig betydelse i andra rättsordningar

¹⁰ Se framställningen i kapitel 4 i denna uppsats.

¹¹ Se Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran: allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter*, Iustus, Uppsala, 1989, s. 25-27, 247-248. ; Se framställningen i kapitel 5 i denna uppsats.

¹² Beträffande den betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk lagstadgad avtalsrätt och i *förutsättningsläran* – Se framställningen i kapitel 4 och i kapitel 5 i denna uppsats.

inom den Europeiska Unionen.¹³ Vad som sägs i denna framställning angående betydelsen av god- och ond tro i avtalsrelationer och konsumenters möjlighet att åtnjuta rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund genom dessa omständigheters betydelse i händelse av att de förväxlar en ensamrättsinnehavares varumärke och en annan näringsidkares tecken eller förleds ifråga om produkters kvalitet, är således relevant i en unionsrättslig kontext.

Den principiella uppfattningen att varumärken innehar en funktion som består av att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung är av avgörande betydelse i sammanhanget. Denna principiella uppfattning är nämligen av betydelse för huruvida konsumenterna respektive näringsidkarna befinner sig i god- respektive ond tro i de avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som har presenterats ovan (rörande förväxling av varumärken och tecken samt missriktade förväntningar avseende produkters kvalitet). Det utsägs sällan uttryckligen i bestämmelser som föreskriver att god- respektive ond tro hos en avtalspart är av rättslig relevans, men det är uppenbart att förekomsten av god- respektive ond tro hos ett rättssubjekt föranleds av *omständigheter i omvärlden* – omvärlden påverkar huruvida ett rättssubjekt försätts i ond tro avseende ett visst förhållande eller inte.¹⁴ I en verklighet där normen utgörs av att varumärken anger varors och tjänsters kommersiella ursprung, finns det all anledning för konsumenter som införskaffar en produkt som bär ett tecken som är förväxlingsbart med en ensamrättsinnehavares varumärke att, som utgångspunkt, befinna sig i god tro avseende produktens kommersiella ursprung – det vill säga att tro att den har sitt ursprung hos ensamrättsinnehavaren. Av samma skäl finns det all anledning för näringsidkare som försäljer produkter som bär ett tecken som är

¹³ Se exempelvis 149 §, 178 §, 434 § och 442 § i den tyska författningen Bürgerliches Gesetzbuch. ; Se exempelvis art. 1376, art. 1646, art. 1997 och art. 2005 i den franska författningen Code Civil. ; Se exempelvis art. 1481, art. 1482, art. 1489, art. 1490 och art. 1529 i den italienska författningen Il Codice Civile Italiano.

¹⁴ Se exempelvis 4 § 2st. och 6 § 2st. i den svenska avtalslagen där det stadgas att det är av betydelse huruvida det rättssubjekt som mottar det antagande svaret befinner sig i ond tro, men där det inte utsägs vilka omständigheter som kan försätta detta rättssubjekt i ond tro.

förväxlingsbart med en ensamrättsinnehavares varumärke att, som utgångspunkt, befinna sig i ond tro avseende konsumenters intentioner och goda tro i detta avseende. Samma ställningstagande gör sig gällande vad beträffar konsumenters goda tro respektive en ensamrättsinnehavares onda tro avseende faktumet att kvalitén å de produkter som ensamrättsinnehavarens varumärke anbringas på inte motsvarar den kvalitet som konsumenterna hade förväntat sig.¹⁵

1.2 Uppsatsens övergripande syfte

Syftet med denna uppsats är att ådagalägga att konsumenter kan komma i åtnjutande av rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund i händelse av att de förväxlar ensamrättsinnehavares varumärken och tredje mans tecken med varandra och i händelse av att kvalitén å de produkter som ensamrättsinnehavarens varumärken anbringas på inte motsvarar den förväntade kvalitén, genom den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung i kombination med den rättsliga betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk avtalsrätt.

1.3 Frågeställning

Kan konsumenter komma i åtnjutande av rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund i händelse av att de förväxlar ensamrättsinnehavarens varumärken och tredje mans tecken med varandra och i händelse av att kvalitén å de produkter som ensamrättsinnehavarens varumärken anbringas på inte motsvarar den förväntade kvalitén, genom den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung i kombination med den rättsliga betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk avtalsrätt?

¹⁵ Se även framställningen i kapitel 3 i denna uppsats.

1.4 Avgränsningar

Den unionsrättsliga marknadsföringslagstiftningen är utformad i nära anslutning till den unionsrättsliga varumärkeslagstiftningen. Detta kan exempelvis skönjas i faktumet att en näringsidkare enligt marknadsföringslagstiftningen i marknadsföring inte får använda sig av information som är oriktig eller vilseledande ifråga om en produkts kommersiella ursprung eller ifråga om det kännetecken som näringsidkaren använder.¹⁶ En näringsidkare får exempelvis inte heller använda sig av en affärsmetod som föranleder att dennes produkter förväxlas med en konkurrents produkter eller som föranleder att dennes varumärke eller tecken förväxlas med en konkurrents varumärke eller varunamn.¹⁷ Dessa bestämmelser kan anknytas till den dimension av det unionsrättsliga varumärkesskyddet som rör förväxling mellan ett varumärke och ett annat tecken som används i näringsverksamhet.¹⁸

Den unionsrättsliga marknadsföringslagstiftningen föreskriver vidare att medlemsstaterna i unionen ska sanktionera händelsen att en näringsidkare bryter emot förbudet att använda sig av vilseledande affärsmetoder.¹⁹ Den svenska marknadsföringslagen föreskriver att näringsidkare som bryter emot detta förbud får åläggas att betala *marknadsstörningsavgift* och ska ersätta den skada som har uppkommit till följd av dennes handlande i strid med förbudet.²⁰ Marknadsstörningsavgiften tillfaller staten medan skadestånd tillfaller en annan näringsidkare eller en konsument, beroende på vem som utgör det skadelidande subjektet i det enskilda fallet.²¹

¹⁶ Se artikel 5.1, artikel 5.2 och artikel 5.4.a läst tillsammans med artikel 6.1.b och artikel 6.1.e i direktiv 2005/2009 om otillbörliga affärsmetoder.

¹⁷ Se artikel 5.1, artikel 5.2 och artikel 5.4.a läst tillsammans med artikel 6.2.a i direktiv 2005/2009 om otillbörliga affärsmetoder.

¹⁸ Se artikel 5.1 i direktiv 2008/95 och artikel 9.2a-b i förordning 2017/1001.

¹⁹ Se artikel 13 i direktiv 2005/2009 om otillbörliga affärsmetoder läst tillsammans med artikel 5.1, artikel 5.2 och artikel 5.4a i detta direktiv.

²⁰ Marknadsföringslag 2008:48, häranefter förkortad *MFL*. Se 8 §, 10 §, 29 § respektive 37 § *MFL*.

²¹ Se 29 § 4st. och 37 § 1st. *MFL*.

Marknadsföringslagstiftningen ger således konsumenter ett rättsligt anspråk i händelse av att de lider skada av att en näringsidkare använder sig av vilseledande framställningar i sin marknadsföring. Detta anknyter till forskningsobjektet i förevarande framställning i så måtto att det rör konsumenters eventuella rättsliga anspråk med anledning av det sätt som näringsidkare använder sitt eget eller någon annan näringsidkares varumärke på. Med detta i åtanke kan det måhända förefalla ändamålsenligt att behandla marknadsföringslagstiftningen i förevarande uppsats. En avgränsning har dock gjorts i så måtto att marknadsföringslagstiftningen inte berörs i denna uppsats förutom i detta avsnitt (avsnitt 1.4). Anledningen till detta är att forskningsobjektet i denna uppsats är att ådagalägga att konsumenter kan komma i åtnjutande av rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund i händelse av att de förväxlar ensamrättsinnehavares varumärken och tredje mans tecken med varandra och i händelse av att kvalitén å de produkter som ensamrättsinnehavares varumärken anbringas på inte motsvarar den förväntade kvalitén, genom den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung i kombination med den rättsliga betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk avtalsrätt. Att beakta de bestämmelser i marknadsföringslagstiftningen som har beskrivits ovan kan inte subsumeras under detta forskningsobjekt och kommer därför inte att beröras ytterligare i framställningen.

En betydande avgränsning har även gjorts vad gäller de bestämmelser i direktiv 2008/95 respektive förordning 2017/1001 som kommer att behandlas i framställningen. Det är uppenbart att den begränsade tidsramen som står till förfogande för att genomföra projektet och de riktlinjer som finns att tillgå avseende detta projektets omfång, fordrar en avgränsning vad bestämmelser som behandlas anbelangar. De artiklar som har valts i syfte att ådagalägga att det unionsrättsliga varumärkesskyddet grundar sig på den principiella uppfattningen att varumärken innehar en funktion som består av att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung, har valts eftersom de manifesterar fyra olika, fundamentala, aspekter av varumärken – (I) vad som

konstituerar ett varumärke, (II) förhållandet mellan olika varumärken och tecken sinsemellan, (III) gränsen för varumärkens skyddsvärdighet vid exploatering av dessa på marknaden och (IV) varumärken som disponibla förmögenhetsobjekt.²² I kraft av att dessa artiklar manifesterar fyra olika fundamentala aspekter av varumärken, manifesterar de även fyra olika fundamentala aspekter av det unionsrättsliga varumärkesskyddet. Genom att studera flera olika aspekter av en totalitet kan en mer nyanserad bild av totaliteten läggas i öppen dag och en större förståelse för densamma åtnjutas. Det är av denna anledning som ett studium av de bestämmelser som kommer att behandlas i förevarande uppsats har bedömts kunna tjäna syftet med uppsatsen och därför har inkluderats i framställningen.

En avgränsning har även gjorts vad gäller redogörelsen för de bestämmelser i svensk lagstadgad avtalsrätt som ådagalägger den stora betydelse som den svenska lagstiftaren tillmäter god- och ond tro i avtalsrelationer.

Framställningen har härtill begränsats till bestämmelser i avtalslagen, köplagen och konsumentköplagen. Dessa författningar har valts eftersom de, i mitt tycke, utgör fundamentet för den svenska lagstadgade avtalsrätten. De talrika bestämmelser i dessa författningar i vilka god- respektive ond tro tillmäts relevans samt det oreglerade avtalsrättsliga institutet *förutsättningsläran* förefaller även vara tillräckliga för att ådagalägga den stora betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk avtalsrätt.

1.5 Perspektiv, metod och teori

I förevarande uppsats kommer det att begagnas en rättsdogmatisk metod i syfte att fastställa gällande rätt vad de bestämmelser i direktiv 2008/95 samt förordning 2017/1001 som kommer att användas för att ådagalägga den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung, anbelangar. Detsamma gäller de

²² Se artikel 2 direktiv 2008/95 och artikel 4 i förordning 2017/1001. ; Se artikel 5.1 i direktiv 2008/85 och artikel 9.2a-b i förordning 2017/1001. ; Se artikel 7 i direktiv 2008/95 och artikel 15 i förordning 2017/1001. ; Se artikel 8 i direktiv 2008/95 och artikel 25 i förordning 2017/1001.

bestämmelser i lagstadgad svensk avtalsrätt som det kommer att redogöras för i syfte att ådagalägga den stora betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk avtalsrätt. Syftet med förevarande framställning går dock, som avsnitt 1.2 ovan indikerar, *bortom* vad som vanligtvis utgör syftet med att använda en rättsdogmatisk metod; målet är delvis ett annat och därför tar sig även vägen till målet en delvis annan riktning.²³ Målet är *inte* att fastställa varje rekvisits närmare innebörd i de bestämmelser som behandlas, utan att ådagalägga de principer som dessa vilar på. Detta innebär på en och samma gång att bestämmelserna inte behöver studeras lika ingående som när syftet är att fastställa hur varje rekvisit i respektive bestämmelse skall tolkas och samtidigt att bestämmelserna behöver studeras noggrannare; detaljrikedomen vad avser bestämmelsernas rekvisit behöver inte alltid studeras lika noggrant, men deras andemening och principiella grund måste ägnas desto större eftertanke. Trots detta kommer det vid utformandet av denna framställning att användas material som är identiskt med det material som i regel används vid tillämpningen av en ”ordinär”, sedvanlig, rättsdogmatisk metod – det vill säga lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.²⁴

Mot bakgrund av det ovan anförda kan det konstateras att perspektivet som kommer att anläggas i denna uppsats är av principiell natur. I blickfånget är den princip som det unionsrättsliga varumärkesskyddet vilar på och den betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk avtalsrätt. Perspektivet är att betrakta som principiellt eftersom framställningen går *bortom* vad som är för ögonen i olika bestämmelser och istället syftar till att ådagalägga de djupare skikten i den unionsrättsliga varumärkeslagstiftningen och i den svenska avtalsrätten (skikt som, vilket har anförts ovan, dessutom även återfinns i den lagstadgade avtalsrätten i andra medlemsländer i den Europeiska Unionen). Den övergripande teorin som framställningen grundar sig på är att dessa djupare skikt ger nya

²³ Jfr. Kleineman, Jan: ”Rättsdogmatisk metod”. I: *Juridisk metodlära* (red.: Korling, & Zamboni), Lund, 2013, s. 21-29.

²⁴ Jfr. Kleineman (2013) s. 21-29.

perspektiv på rätten som leder till nya insikter vad rättsliga argument och möjligheter anbelangar.

1.6 Forskningsläge

Den rättsvetenskapliga forskningen rörande varumärken är extensiv och präglas av en förhållandevis stor mångfald; varumärken betraktas utifrån olika perspektiv och ansatser som berikar förståelsen för dessa i olika kontexter. Vissa kommentatorer studerar exempelvis varumärken och varumärkesskydd utifrån ett marknadsekonomiskt perspektiv.²⁵ I dylika framställningar studeras exempelvis varumärkens inverkan på beteendemönster på marknaden, beteendemönster som bland annat kan ta sig uttrycket att konsumenter blir benägna att införskaffa produkter till högre priser om ett specifikt varumärke är anbringat på dessa, eftersom varumärket minskar konsumenternas sök-kostnader och bidrar till att konsumenter kan känna tillit till vilken kvalitet de produkter besitter som varumärkena ifråga anbringas på. Förekomsten av de sistnämnda faktorerna överväger, generellt, konsumenternas preferens att erlægga ett så litet vederlag som möjligt vid införskaffandet av en produkt, menar somliga rättsvetenskapliga forskare.²⁶ Dylika framställningar med en marknadsekonomisk ansats innehåller även resonemang av innebörd att skydd för varumärken ger ensamrättsinnehavaren av ett varumärke initiativ till att se till att de produkter varpå dennes varumärke anbringas är av hög och enhetlig kvalitet.²⁷ I andra framställningar undersöks det huruvida det

²⁵ Se exempelvis Landes, William M. & Posner, Richard A.: ”Trademark Law: An Economic Perspective”. I: *The Journal of Law & Economics*, Vol. 30, Nr. 2, okt., 1987. ; Griffiths, Andrew, *An economic perspective on trade mark law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011. ; Ammar, Jamil, *Think Consumer: The Enforcement of the Trade Mark Quality Guarantee Revisited: a Legal and Economic Analysis*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2011. ; Tarawneh, Jasem, *Trade Marks in the Modern World: Drawing the Fine*, The University of Manchester, 2009.

²⁶ Se Landes & Posner (1987) s. 269-270.

²⁷ Se Landes & Posner (1987) s. 269-270. ; Jfr. Griffiths (2008) s. 248-249. ; Jfr. Fhima, Ilanah Simon, *Trade mark dilution in Europe and the United States*, Oxford University Press, Oxford, 2011, s. 193.

unionsrättsliga varumärkesskyddets nuvarande utformning kan motiveras utifrån ett marknadsekonomiskt perspektiv.²⁸

I andra rättsvetenskapliga framställningar studeras varumärken och varumärkesskydd utifrån ett konsumentskyddsorienterat perspektiv.²⁹ I vissa av dessa framställningar hävdas det att den unionsrättsliga rättstillämparens tolkning av det unionsrättsliga varumärkesskyddet i dennes avgöranden ger uttryck för en ambition att tillmäta konsumentskydd relevans inom ramen för det unionsrättsliga varumärkesskyddet, men att denna ambition förefaller ha reducerats med tiden.³⁰ Andra kommentatorer förespråkar att det unionsrättsliga varumärkesskyddet, *de lege ferenda*, borde föreskriva en rättslig skyldighet för ensamrättsinnehavare av varumärken att se till att de varor och tjänster varpå deras varumärke anbringas är av viss specifik kvalitet, eftersom en sådan ordning är eftersträvansvärd utifrån ett marknadsekonomiskt perspektiv och utifrån ett konsumentskyddsperspektiv.³¹ Jamil Ammar prövar i sin doktorsavhandling *Think Consumer: The Enforcement of the Trade Mark Quality Guarantee Revisited: a Legal and Economic Analysis*, huruvida konsumenters intresse av att de produkter som ett visst varumärke anbringas på är av enhetlig kvalitet, kan tillgodoses genom avtalsrätt. Ammar prövar om artikel 14(2) i den brittiska författningen *the Sale of Goods Act* kan användas för att ge konsumenter rättsliga anspråk i händelse av att kvalitén å de produkter som bär ett varumärke och som konsumenter har införskaffat, inte möter den kvalitet som konsumenterna till följd av varumärket som produkterna bär, förväntade sig att produkterna ifråga skulle inneha. Ammar kommer fram till att föreskriften om kvalitet i artikeln inte kan användas för dylika

²⁸ Se Griffiths, Andrew: "A Law-and-Economics perspective on trade marks" I: *Trade marks and Brands. An Interdisciplinary Critique* (red.: Bentley, Lionel m.fl.), Cambridge, 2008, s. 255-266.; Se Fhima (2011) s. 189-196.

²⁹ Se exempelvis Davis, Jennifer.: "To Protect or Serve? European Trade Mark Law and the Decline of the Public Interest". I: *European Intellectual Property Review*, Vol. 25, Nr. 4, april, 2004. ; Se Kasnetz, Zachary.: "Slanting Trademark Choices in the Right Direction: Why Section 2(a) of the Lanham Act Promotes the Interests of Consumers". I: *Missouri Law Review*, Vol. 82, Nr. 1, Vinter, 2017. ; Ohly, Ansgar: "TRIPS and Consumer Protection". I: *TRIPS plus 20: from trade rules to market principles* (red.: Ullrich m.fl.), Springer, Heidelberg, 2016. ; Ammar (2011).

³⁰ Se Davis (2004) s. 180-187.

³¹ Se Ammar (2011) s. V, 1-7.

situationer.³² I förevarande uppsats anläggs ett principorienterat perspektiv där det inte görs halt vid bestämmelsers lydelse och deras omedelbara tillämplighet eller icke-tillämplighet, utan där det istället ådagaläggs djupare principer som skänker nya perspektiv och lägger nya rättsliga argument och möjligheter i öppen dag. Ett sådant angreppssätt i förhållande till skärningspunkten mellan varumärkesrätt och avtalsrätt förefaller vara nydanande.

1.7 Material

Lagstiftning och rättspraxis utgör de källor som främst har använts vid författandet av denna uppsats. Den rättspraxis som har tagits i beaktande vid utarbetandet av framställningen är både av unionsrättslig och inhemsk art. Unionsrättsliga förarbeten och rättsvetenskaplig doktrin har även använts vid utformandet av uppsatsen. Bland de verk inom rättsvetenskaplig doktrin som har använts kan nämnas Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran: allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter*, Iustus, Uppsala, 1989 och Bøggild, Frank & Staunstrup, Kolja, *Community trade mark law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2016.

1.8 Uppsatsens disposition

Den fortsatta framställningen är disponerad på följande vis. I det nästkommande kapitlet, kapitel 2, presenteras i korthet bakgrunden till det unionsrättsliga varumärkesskyddet. Kapitel 3 består av en redogörelse för den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung och att denna principiella uppfattning är av betydelse för huruvida konsumenterna respektive näringsidkarna befinner sig i god- respektive ond tro i de två avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som behandlas i framställningen (det vill säga en kontext där ett tecken och ett varumärke förväxlas och en kontext där den faktiska kvalitén å en produkt inte motsvarar produktens förväntade

³² Se Ammar (2011) s. 177-192.

kvalité). I det därpå följande kapitlet, kapitel 4, redogörs det för på vilka sätt god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts rättslig betydelse inom svensk lagstadgad avtalsrätt. I kapitel 5 presenteras det på vilka sätt god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts rättslig betydelse vid en tillämpning av det icke lagstadgade avtalsrättsliga institutet *förutsättningsläran*. Kapitel 6 består av en analys där det diskuteras och analyseras vilken betydelse den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung och den rättsliga betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk avtalsrätt, har för konsumenters möjligheter att åtnjuta rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund i de två avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som är föremål för behandling i framställningen.

2 Bakgrund till det unionsrättsliga varumärkesskyddet

I det föregående kapitlet i denna uppsats presenterades uppsatsens ämne och dess syfte. I detta kapitel (kapitel 2) kommer bakgrunden till det unionsrättsliga varumärkesskyddet i korthet att beröras. I det därpå följande kapitlet, kapitel 3, kommer sedermera det unionsrättsliga varumärkesskyddet att behandlas mer ingående i och med att det där kommer att klargöras att skyddet bygger på den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung och att denna principiella uppfattning har betydelse för förekomsten av god-och ond tro i en avtalsrelation där användning av ett varumärke utgör en av de relevanta sakomständigheterna.

Det huvudsakliga syftet med att upprätta ett unionsrättsligt varumärkesskydd var att ett sådant skydd skulle underlätta den ekonomiska integrationen mellan medlemsstaterna i den dåvarande Europeiska Ekonomiska Gemenskapen.³³

Arbetet med att utforma det unionsrättsliga varumärkesskyddet påbörjades år 1959 inom den dåvarande Europeiska Ekonomiska Gemenskapen.³⁴ År 1964 konkretiserades denna arbetsprocess genom att det tillsattes en arbetsgrupp vars uppdrag var att utveckla förslag till riktlinjer för utvecklandet av ett sådant skydd.³⁵ Detta led i arbetsprocessen följdes av utvecklandet av ett memorandum, vars upprättande den Europeiska Kommissionen var ansvarig för.³⁶

³³ Se Europeiska Kommissionens memorandum: "Memorandum on the creation of an EEC trade mark", publicerad i *Bulletin of the European Communities Supplement* 8/76, s. 7-9.

³⁴ Se Bøggild, Frank & Staunstrup, Kolja, *Community trade mark law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Nederländerna, 2016, s. 1.

³⁵ Se Bøggild, Frank & Staunstrup (2016) s. 1.

³⁶ Se Europeiska Kommissionens memorandum: "Memorandum on the creation of an EEC trade mark", publicerad i *Bulletin of the European Communities Supplement* 8/76, s. 5. Den Europeiska Kommissionen benämns härnäst *kommissionen*.

I sitt memorandum konstaterade kommissionen att det rättsliga skydd som ges åt varumärken i en rättsordning generellt är beroende av vilka funktioner som lagstiftaren i rättsordningen anser att varumärken innehar. Den anförde i detta sammanhang att varumärken ekonomiskt sett innehar funktionen att ange produkters (varors och tjänsters) kommersiella ursprung. Att varumärken innehar denna funktion och att denna funktion medför ökade möjligheter till konkurrens mellan näringsidkare på den gemensamma marknaden (genom att varumärken anger produkters ursprung och därigenom ser till att två näringsidkares produkter inte förväxlas med varandra av konsumenter när dessa är i stånd att företa en affärstransaktion, kan näringsidkare konkurrera med varandra på ett effektivt och ärligt sätt – varumärken möjliggör för konsumenter att aktivt välja den ene näringsidkarens produkt framför den andres) och att denna funktion även medför positiva återverkningar på konsumentkollektivet genom att den möjliggör för konsumenter att skilja mellan olika näringsidkares produkter. Mot bakgrund av att varumärken ansågs fylla denna funktion på marknaden *i praktiken*, fann kommissionen det för riktigt att också *rättsligen* skydda denna funktion hos varumärken att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung.³⁷

Resonemanget rörande att det rättsliga skydd som tillskrivs varumärken i en rättsordning ytterst beror på vilka funktioner som lagstiftaren i en rättsordning menar att varumärken innehar i praktiken, förefaller dock inte ha förts konsekvent av kommissionen. Kommissionen anförde nämligen i memorandumet att varumärken i praktiken förutom funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung även innehar funktionen att ange produkters kvalitet, men att det unionsrättsliga varumärkesskyddet likväl inte borde skydda denna sistnämnda funktion.³⁸

³⁷ Se Europeiska Kommissionens memorandum: "Memorandum on the creation of an EEC trade mark", publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 8/76, s. 20.

³⁸ Se Europeiska Kommissionens memorandum: "Memorandum on the creation of an EEC trade mark", publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 8/76, s. 20.

Arbetet med att utforma det unionsrättsliga varumärkesskyddet mynnade så småningom ut i ett första utkast till direktiv och till förordning.³⁹ Den nu gällande versionen av direktivet och förordningen återfinns i direktiv 2008/95 och i förordning 2017/1001.⁴⁰

³⁹ Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: ”New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation”, publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 13.

⁴⁰ Se direktiv 2008/95. ; Se förordning 2017/1001.

3 Den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange kommersiellt ursprung

Det föregående kapitlet i denna uppsats bestod av en kort presentation av bakgrunden till det unionsrättsliga varumärkesskyddet. I förevarande kapitel kommer det att ådagaläggas att det unionsrättsliga varumärkesskyddet vilar på den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung och att denna principiella uppfattning är av betydelse för huruvida en konsument respektive en näringsidkare befinner sig i god- respektive ond tro i en avtalsrättslig kontext. I det därpå följande kapitlet, kapitel 4, kommer det att redogöras för på vilka sätt god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts rättslig betydelse i svensk lagstadgad avtalsrätt.

3.1 Vad som kan utgöra ett varumärke

Artikel 2 i direktiv 2008/95 (vars motsvarighet i förordning 2017/1001 återfinns i artikel 4 i denna förordning) föreskriver att tecken som kan återges grafiskt, exempelvis figurer och bokstäver, kan utgöra ett varumärke under förutsättning att de kan *särskilja* en näringsidkares varor eller tjänster från en annan näringsidkares varor eller tjänster.⁴¹

I kommissionens kommentar till sitt ursprungliga förslag till direktiv och till förordning konstaterade den beträffande den artikel som reglerade villkoren för att ett tecken skulle kunna utgöra ett varumärke (denna artikel motsvarade således vad som numera utgör artikel 2 i direktiv 2008/95 respektive artikel 4 i förordning 2017/1001) att bestämmelsen var utformad mot bakgrund av den principiella uppfattningen att varumärkens grundläggande funktion är att ange varors och tjänsters kommersiella

⁴¹ Se artikel 2 i direktiv 2008/95. ; Se artikel 4 i förordning 2017/1001.

ursprung. Med anledning av att varumärkens grundläggande funktion är att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung, måste ett tecken kunna särskilja en näringsidkares varor och tjänster från en annan näringsidkares varor och tjänster för att tecknet ifråga skall kunna utgöra ett varumärke. Kommissionen uttalade indirekt i sin kommentar till bestämmelsen att ett tecken inte kan ange varors och tjänsters kommersiella ursprung om det inte kan särskilja en näringsidkares varor och tjänster från en annan näringsidkares varor och tjänster.⁴²

Den unionsrättsliga rättstillämparen anförde på liknande vis i målet *Merz & Krell* att bestämmelsen i artikel 2 i direktiv 2008/95 (och därför också dess likalydande bestämmelse i förordning 2017/1001) om vad som kan utgöra ett varumärke är ett uttryck för uppfattningen att varumärkens grundläggande funktion är att ange kommersiellt ursprung. Den konstaterade att rekvisitet i artikeln innebärande att ett tecken måste vara särskiljande för att det skall kunna utgöra ett varumärke, är ett uttryck för denna uppfattning om varumärkens funktion.⁴³ Den unionsrättsliga rättstillämparen har även i flertalet andra avgöranden konstaterat att ett teckens förmåga att vara särskiljande är avgörande för att det skall kunna utgöra ett varumärke som kan ange varors och tjänsters kommersiella ursprung.⁴⁴ Således betraktas ett teckens förmåga att vara särskiljande som avgörande för att tecknet ifråga skall kunna utgöra ett varumärke på grund av den principiella uppfattningen att varumärkens funktion är att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung. Som har anförts ovan i kapitel 1 i framställningen har denna principiella uppfattning betydelse för huruvida en konsument respektive en näringsidkare befinner sig i god- respektive ond tro i en avtalsrättslig kontext, eftersom denna principiella uppfattning anger normen för vad varumärken skall inneha för funktion. Artikel 2 i direktiv

⁴² Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: ”New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation”, publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 21, 56-58.

⁴³ Se C-517/99 *Merz & Krell*, p. 22-24.

⁴⁴ Se exempelvis C-206/01 *Matthew Reed vs Arsenal*, p. 47-49. ; Se exempelvis de förenade målen C-108-109/97 *Windsurfing Chiemsee*, p. 46-49. ; Se exempelvis C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, p. 22, 28. ; Se exempelvis C-383/99 P *Protecter & Gamble*, p. 37.

2008/95 och artikel 4 i förordning 2017/1001 vilar på föreställningen att varumärken skall inneha funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung. Detta utgör normen för hur varumärken skall fungera och det måste, om inte omständigheterna i det enskilda fallet föranleder en annan bedömning, förhålla sig på det viset att det finns all anledning för konsumenter att förutsätta att normala omständigheter är för handen när de ingår ett avtal. Det finns därför all anledning för konsumenter att befinna sig i god tro avseende att en produkt varpå en näringsidkare har anbringat ett tecken som är förväxlingsbart med en ensamrättsinnehavares varumärke, har sitt ursprung hos ensamrättsinnehavaren ifråga. Av samma skäl finns det all anledning för näringsidkaren som använder tecknet som förorsakar förväxling att i en dylik situation befinna sig i ond tro avseende konsumenternas föreställningar i detta avseende.

3.2 Skyddet emot förväxlingsrisk

Artikel 5.1 i direktiv 2008/95 (vars motsvarighet i förordning 2017/1001 återfinns i artikel 9.2a-b i denna förordning) föreskriver att en ensamrättsinnehavare av ett varumärke har rätt att förhindra att en annan näringsidkare i näringsverksamhet använder ett tecken som är identiskt med ensamrättsinnehavarens varumärke eller använder ett tecken som liknar ensamrättsinnehavarens varumärke för samma varor eller tjänster som ensamrättsinnehavarens varumärke är registrerat för, om en sådan användning föranleder risk för att ensamrättsinnehavarens varumärke och den andra näringsidkarens tecken förväxlas med varandra.⁴⁵

Beträffande de artiklar i kommissionens första utkast till direktiv och till förordning som reglerade ensamrättsinnehavarens skydd emot användning av tecken som var förväxlingsbara med ensamrättsinnehavarens varumärke (de artiklar som således motsvarar nuvarande artikel 5.1 i direktiv 2008/95 respektive nuvarande artikel 9.2a-b i förordning 2017/1001), relaterade kommissionen dessa artiklars utformning till den utformning som hade givits den artikel som reglerade villkoren för att ett tecken skulle kunna

⁴⁵ Se artikel 5.1 i direktiv 2008/95. ; Se artikel 9.2a-b i förordning 2017/1001.

utgöra ett varumärke - en artikel som behandlades i det föregående avsnittet i denna uppsats.⁴⁶ Kommissionen konstaterade nämligen att den artikeln definierade vilken funktion ett varumärke innehar och att denna funktion (det vill säga funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung) skulle styra tolkningen av artiklarna som reglerade ensamrättsinnehavarens skydd emot användning av tecken som var förväxlingsbara med ensamrättsinnehavarens varumärke.⁴⁷ Kommissionen menade att varumärkens funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung skulle styra tolkningen av vilka tecken som skulle anses vara förväxlingsbara med ensamrättsinnehavarens varumärke – om ensamrättsinnehavarens varumärke och en annan näringsidkares tecken trots sin eventuella likhet bibehöll förmågan att ange det kommersiella ursprunget för de varor och tjänster varpå de anbringades, skulle varumärket och tecknet inte anses vara *förväxlingsbara* med varandra i den bemärkelse som avsågs i artiklarna rörande ensamrättsinnehavarens skydd emot användning av tecken som var förväxlingsbara med ensamrättsinnehavarens varumärke.⁴⁸

Den unionsrättsliga rättstillämparen har i flertalet avgöranden bekräftat kommissionens ståndpunkt att regeln rörande ensamrättsinnehavarens skydd emot användning av tecken som är förväxlingsbara med ensamrättsinnehavarens varumärke som numera återfinns i artikel 5.1 i direktiv 2008/95 och i artikel 9.2a-b i förordning 2017/1001, grundar sig på den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung.⁴⁹ Den unionsrättsliga rättstillämparen anförde exempelvis i målet C-206/01

⁴⁶ Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: "New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation", publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 21-23, 56-58.

⁴⁷ Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: "New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation", publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 58.

⁴⁸ Jfr. Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: "New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation", publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 58.

⁴⁹ Se exempelvis C-206/01 *Matthew Reed vs Arsenal*, p. 47-51. ; Se exempelvis C-48/05 *Opel*, p. 21-22. ; Se exempelvis C-487/07 *L'Oréal*, p. 57-61. ; Se exempelvis C-17/06 *Céline*, p. 16, 26.

Matthew Reed vs Arsenal att varumärkens grundläggande funktion är att för konsumenterna och andra slutanvändare ange varors och tjänsters kommersiella ursprung och att artikel 5 i direktiv 2008/95 (och med nödvändighet därför också dess likalydande bestämmelse i artikel 9 i förordning 2017/1001) tjänar som ett medel för att se till att denna funktion inte förfelas.⁵⁰ Dessa artiklar i direktiv 2008/95 och i förordning 2017/1001 vilar således, precis som artikel 2 i direktiv 2008/95 och artikel 4 i förordning 2017/1001, på den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung - en principiell uppfattning som likt anfördes ovan vid avsnittet om artikel 2 i direktiv 2008/95 och artikel 4 i förordning 2017/1001, har betydelse för huruvida en konsument respektive en näringsidkare befinner sig i god- respektive ond tro i en avtalsrättslig kontext där en konsument förväxlar en tredje mans tecken med en ensamrättsinnehavares varumärke.

3.3 Konsumtion av ensamrättsinnehavarens rättigheter

Artikel 7 i direktiv 2008/95 (vars motsvarighet i förordning 2017/1001 återfinns i artikel 15 i denna förordning) föreskriver att en ensamrättsinnehavare av ett varumärke inte kan förbjuda att en annan näringsidkare använder det ifrågavarande varumärket på varuexemplar som ensamrättsinnehavaren själv⁵¹ har fört ut under varumärket på marknaden inom gemenskapen.⁵² Enligt punkt 2 i bestämmelsen (och dess motsvarighet i förordning 2017/1001) skall dock ensamrättsinnehavaren ha rätt att förbjuda en sådan användning om denne har skälig grund för att äska ett sådant förbud. Sådan skälig grund kan, enligt bestämmelsen (och dess motsvarighet i förordning 2017/1001), särskilt föreligga om

⁵⁰ Se C-206/01 *Matthew Reed vs Arsenal*, p. 47-51.

⁵¹ Eller någon med ensamrättsinnehavarens samtycke.

⁵² Se artikel 7 i direktiv 2008/95. I förordning 2017/1001 talas det i detta hänseende istället om marknaden inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet – se artikel 15 i förordning 2017/1001.

varuexemplarens beskaffenhet har förändrats eller försämrats efter det att ensamrättsinnehavaren förde ut dem på marknaden.⁵³

Beträffande de artiklar i kommissionens första utkast till direktiv och till förordning som reglerade att en ensamrättsinnehavare av ett varumärke inte kunde förbjuda att en annan näringsidkare använde varumärket på varuexemplar som ensamrättsinnehavaren själv⁵⁴ hade fört ut under varumärket på marknaden (om inte vissa närmare förutsättningar var för handen), konstaterade kommissionen i sin kommentar till bestämmelserna att artiklarna gav uttryck för varumärkens funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung. Kommissionen förklarade inte på vilket sätt artiklarna gav uttryck för denna funktion, utan anförde blott att artiklarnas innebörd att en ensamrättsinnehavare av ett varumärke inte kunde förbjuda att en annan näringsidkare använde varumärket ifråga på ett varuexemplar sedan ensamrättsinnehavaren själv hade fört ut detta varuexemplar under varumärket på marknaden för första gången, gav uttryck för denna funktion.⁵⁵

Som anfördes ovan kan en ensamrättsinnehavare med framgång motsätta sig en annan näringsidkares marknadsföring av varor som ensamrättsinnehavaren har fört ut under sitt varumärke på marknaden inom gemenskapen om denne har *skälig grund* för att göra detta. Sådan *skälig grund* kan särskilt vara för handen om de ifrågavarande varuexemplarens beskaffenhet har förändrats eller försämrats efter det att ensamrättsinnehavaren förde ut dem på marknaden. Själva avfattningen av denna del av bestämmelserna anger att en ensamrättsinnehavare kan åberopa ensamrätten till sitt varumärke om kvalitén å de varor som varumärket anbringas på förändras eller försämrats. En sådan ordning antyder att kvalitén å de varor som ett varumärke anbringas på, har någon form av

⁵³ Se artikel 7.2 i direktiv 2008/95. ; Se artikel 15.2 i förordning 2017/1001.

⁵⁴ Eller någon med ensamrättsinnehavarens samtycke.

⁵⁵ Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: ”New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation”, publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 10, 14, 23, 59-60.

koppling till själva varumärket – att det finns något slags samspel mellan kvalitén å de varor som ett varumärke anbringas på och själva varumärket. Den unionsrättsliga rättstillämparen har anfört att ensamrättsinnehavarens möjlighet att på detta vis förhindra fortsatt marknadsföring av varor som ensamrättsinnehavaren själv har fört ut på marknaden under varumärket om varornas kvalitet försämras eller förändras, är till för att säkerställa att varumärkets funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung inte förfelas.⁵⁶ Det sagda kommer exempelvis till uttryck i de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 *Bristol-Myers Squibb*.⁵⁷

De förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 *Bristol-Myers Squibb* rörde ompaketering av läkemedel. Tre näringsidkare (Bristol-Myers Squibb, Boehringer respektive Bayer AG) var, var för sig, registrerade som innehavare av ett antal varumärken i Danmark som var registrerade för olika former av läkemedel. En fjärde näringsidkare vid namn Paranova hade satt i system att införskaffa läkemedelsprodukter i medlemsstater inom den Europeiska Unionen där försäljningspriserna av produkterna var lägre än i Danmark (exempelvis Grekland), importera dessa införskaffade läkemedelsprodukter till Danmark och sedan försälja dessa för ett lägre pris per produkt än vad Bristol-Myers Squibb, Boehringer respektive Bayer AG försålde dessa för i Danmark. Innan Paranova utbjöd de ifrågavarande läkemedelsprodukterna till försäljning ompaketerade Paranova produkterna i nya förpackningar varpå det anbragtes en uppgift om vem som hade tillverkat produkten (det vill säga Bristol-Myers Squibb, Boehringer respektive Bayer AG), tillverkarens varumärke samt en upplysning om att produkten hade importerats och ompaketerats av Paranova. Bristol-Myers Squibb, Boehringer och Bayer AG ansåg att detta förfarande utgjorde ett intrång i deras ensamrätt till sina varumärken.⁵⁸

Den unionsrättsliga rättstillämparen konstaterade att det följer av artikel 7.1 i direktiv 2008/95 att en ensamrättsinnehavare av ett varumärke inte kan

⁵⁶ Se De förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 *Bristol-Myers Squibb*, p. 38-52.

⁵⁷ De förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 *Bristol-Myers Squibb*.

⁵⁸ Se de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 *Bristol-Myers Squibb*, p. 7-19.

åberopa sin ensamrätt för att förhindra att en annan näringsidkare använder varumärket för varor som ensamrättsinnehavaren själv tidigare har fört ut på marknaden i en annan medlemsstat. Den unionsrättsliga rättstillämparen konstaterade att en sådan möjlighet dock tillskrivs ensamrättsinnehavaren i artikel 7.2 i direktivet där det (som bekant) föreskrivs att en ensamrättsinnehavare kan förhindra att en annan näringsidkare använder ensamrättsinnehavarens varumärke för varor som ensamrättsinnehavaren själv har fört ut om det finns skälig grund för detta och att sådan skälig grund särskilt kan föreligga om varornas beskaffenhet har förändrats eller försämrats sedan de fördes ut på marknaden av ensamrättsinnehavaren. Den unionsrättsliga rättstillämparen anförde att artikel 7 i direktivet syftar till att tillgodose både intresset av fri rörlighet för varor och intresset av att skydda ensamrättsinnehavarens ensamrätt. Den anförde härefter att avgörande för huruvida en ensamrättsinnehavare med framgång kan åberopa artikel 7.2 för att förhindra en annan näringsidkares fortsatta användning av varumärket för varor som ensamrättsinnehavaren själv har fört ut på marknaden inom gemenskapen i en situation som den som var föremål för bedömning i det aktuella fallet (det vill säga att en annan näringsidkare hade ompaketerat varorna ifråga), var huruvida varumärkets funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung förfelades genom en sådan åtgärd.⁵⁹ Den unionsrättsliga rättstillämparen förklarade att:

[d]enna ursprungsgaranti innebär att konsumenten eller den slutlige användaren kan vara säker på att en märkesvara som erbjuds honom inte på ett tidigare stadium av omsättningen har varit föremål för ett ingrepp som har utförts av tredje man utan varumärkesinnehavarens tillstånd och som har skadat varans ursprungliga beskaffenhet.⁶⁰

Formuleringen ovan antyder att den unionsrättsliga rättstillämparen menar att varornas kvalité utgör en del av varumärkets ursprungsangivande funktion, på så vis att varumärket genom sin ursprungsangivande funktion inte blott anger vem varorna emanerar ifrån utan också att denne ansvarar för deras kvalité. Den unionsrättsliga rättstillämparens formulering antyder att den ursprungsangivande funktionen inte bara är av vikt i det att den

⁵⁹ Se de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 *Bristol-Myers Squibb*, p. 29-47.

⁶⁰ De förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 *Bristol-Myers Squibb*, p. 47.

identifierar vem som en vara emanerar ifrån utan också att den, därigenom, identifierar att denne ansvarar för varans kvalitet (beskaffenhet). På liknande vis anförde den unionsrättsliga rättstillämparen i mål C-102/77 *Hoffmann-La Roche* och i mål C-1/81 *Pfizer* att en förändring av varornas kvalitet innebär att varumärkets ursprungsangivande funktion förfelas.⁶¹ Faktumet att varumärkens funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung närmare bestämt består i att ange *vem som ansvarar för produkternas kvalitet* och detta faktums betydelse för huruvida en konsument respektive en näringsidkare befinner sig i god- respektive ond tro i en avtalsrättslig kontext där kvalitén å de produkter som en ensamrättsinnehavares varumärke anbringas på inte motsvarar den kvalitet som konsumenten hade förväntat sig, kommer att utvecklas nedan i följande avsnitt om licensiering av varumärken.

3.4 Licensiering av varumärken

Artikel 8 i direktiv 2008/95 (vars motsvarighet i förordning 2017/1001 återfinns i artikel 25 i denna förordning) föreskriver att en ensamrättsinnehavare av ett varumärke får licensiera sitt varumärke till en annan näringsidkare. Licensen får gälla för samtliga eller endast för en del av de varor eller tjänster för vilket varumärket ifråga är registrerat. Det föreskrivs likaledes i artikeln (och i dess motsvarighet i förordning 2017/1001) att ensamrättsinnehavaren (licensgivaren) kan åberopa de rättigheter som är knutna till varumärket gentemot sin licenstagare om denne agerar i strid med vad som föreskrivs i parternas gemensamma licensavtal exempelvis avseende vilken kvalitet de varor eller tjänster skall inneha som licenstagaren framställer och som det licensierade varumärket anbringas på.⁶²

Kommissionens föreslagna bestämmelse föreskrev (i likhet med vad de nu gällande bestämmelserna i direktiv 2008/95 och i förordning 2017/1001 föreskriver) att en ensamrättsinnehavare skulle kunna licensiera rätten att

⁶¹ Se Mål C-102/77 *Hoffman-La Roche*, p. 7. ; Se Mål C-1/81 *Pfizer*, p. 7-9.

⁶² Se artikel 8 i direktiv 2008/98. ; Se artikel 25 i förordning 2017/1001.

använda dennes varumärke för samtliga eller endast för en del av de varor eller tjänster för vilket varumärket ifråga var registrerat och att ensamrättsinnehavaren skulle kunna åberopa de rättigheter som var knutna till varumärket gentemot sin licenstagare om denne agerade i strid med vad som hade föreskrivits i parternas gemensamma licensavtal, exempelvis avseende vilken kvalitet de varor eller tjänster skulle inneha som licenstagaren framställde och som det licensierade varumärket anbringades på.⁶³ Det föreskrevs dock vidare i den föreslagna bestämmelsen att ensamrättsinnehavaren, i händelse av att denne licensierade sitt varumärke, skulle se till att de varor och tjänster som licenstagaren producerade och som denne anbringade det licensierade varumärket på, var av samma kvalitet som de varor och tjänster som ensamrättsinnehavaren själv producerade och anbringade det ifrågavarande varumärket på. Kommissionen förklarade i sin kommentar till den föreslagna bestämmelsen att ensamrättsinnehavaren skulle vara skyldig att på detta vis se till att licenstagaren producerade varor och tjänster av samma kvalitet som ensamrättsinnehavarens själv gjorde, eftersom det annars kunde uppkomma en situation där varor eller tjänster varpå samma varumärke applicerades var av olika kvalitet.⁶⁴ Kommissionen menade att en reglering som förhindrade att så skedde tjänade ett konsumentskyddsintresse och att en ensamrättsinnehavare som bröt emot denna föreskrift att se till att de varor och tjänster som dennes licenstagare producerade och som det licensierade varumärket anbringades på var av samma kvalitet som de varor och tjänster som ensamrättsinnehavaren själv producerade och anbringade det ifrågavarande varumärket på, skulle bli skadeståndsskyldig visavi tredje man som hade lidit skada på grund av att licenstagaren hade producerat varor eller tjänster av lägre kvalitet.⁶⁵

⁶³ Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: ”New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation”, publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 25. ; Se artikel 8 i direktiv 2008/95. ; Se artikel 25 i förordning 2017/1001.

⁶⁴ Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: ”New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation”, publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 63-64.

⁶⁵ Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: ”New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation”, publicerad i *Bulletin of the European Communities* Supplement 5/80, s. 64.

Kommissionen förklarade inte uttryckligen på vilket sätt en sådan reglering som den föreslagna skulle tjäna ett konsumentskyddsintresse, men det förefaller som om kommissionen menade att konsumenter förutsätter att varor och tjänster varpå ett visst varumärke har anbringats är av viss kvalitet och att en ordning där en ensamrättsinnehavare och en licenstagare producerar varor eller tjänster och anbringar samma varumärke på dessa trots att varorna eller tjänsterna ifråga är av olika kvalitet, förfelar denna hos konsumentkollektivet befintliga (befogade?) föreställning. Det finns all anledning att tro att kommissionen uppfattade en sådan föreställning hos konsumentkollektivet som befogad – om så inte hade varit fallet är det svårt att förstå varför den ämnade se till att denna föreställning inte förfelades. Uppfattningen att konsumentkollektivet på detta vis i regel förutsätter att de varor och tjänster varpå ett specifikt varumärke anbringas är av viss kvalitet, ger uttryck för uppfattningen att varumärken besitter en kvalitetsindikativ funktion (att de indikerar vilken kvalitet de varor och tjänster besitter som varumärket ifråga anbringas på till följd av att en tidigare erfarenhet av en varas eller en tjänsts kvalitet kognitivt överförs på själva varumärket) och att denna funktion borde tillskrivas rättsligt relevans (ensamrättsinnehavaren skulle enligt kommissionens förslag kunna bli skadeståndsskyldig visavi tredje man som hade lidit skada på grund av att ensamrättsinnehavarens licenstagare hade producerat varor eller tjänster av lägre kvalitet än vad ensamrättsinnehavaren själv hade gjort).

I sitt yttrande rörande kommissionens första utkast till förordning anförde Europeiska ekonomiska och sociala kommittén beträffande kommissionens föreslagna reglering avseende licensiering av varumärken, att ensamrättsinnehavaren (licensgivaren) inte kunde åläggas en skyldighet att försäkra att den tilltänkta licenstagaren skulle producera varor och tjänster av samma kvalitet som ensamrättsinnehavaren själv gjorde, likt kommissionen hade föreslagit, eftersom, enligt den Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, skillnader i lagstiftning och olika strukturer på marknaden i olika länder i gemenskapen kunde göra det nödvändigt för licenstagaren att producera produkter som skiljde sig från

ensamrättsinnehavarens produkter ifråga om kvalitet – trots att de båda aktörerna anbringade samma varumärke på sina produkter. Europeiska ekonomiska och sociala kommittén anförde att ensamrättsinnehavaren (licensgivaren) av denna anledning bara kunde åläggas en skyldighet att försäkra att licenstagarens sätt att producera produkterna vilka det ifrågavarande varumärket skulle anbringas på, var förenligt med de instruktioner som ensamrättsinnehavaren (licensgivaren) hade givit rörande produkternas kvalitet.⁶⁶ Europeiska ekonomiska och sociala kommittén modifierade sålunda kommissionens förslag i så måtto att ensamrättsinnehavaren (licensgivaren) och licenstagaren inte skulle vara tvungna att var för sig producera produkter som sinsemellan höll lika hög grad av kvalitet, utan att ensamrättsinnehavaren (licensgivaren) istället skulle åläggas en skyldighet att se till att de produkter som licenstagaren producerade och anbringade det ifrågavarande varumärket på, kvalitetsmässigt var förenligt med de instruktioner som ensamrättsinnehavaren (licensgivaren) hade givit licenstagaren i detta avseende. Europeiska ekonomiska och sociala kommittén förespråkade således, precis som kommissionen, att ensamrättsinnehavare som önskade licensiera sitt varumärke skulle åläggas en skyldighet att kontrollera att de produkter som licenstagaren producerade och som det licensierade varumärket applicerades på, höll ett visst mått av kvalitet. Även den Europeiska ekonomiska och sociala kommittén gav således genom detta uttalande uttryck för att varumärken innehar funktionen att indikera varors och tjänster kvalitet och att denna funktion borde tillmätas rättsligt skydd. Europaparlamentet anslöt sig sedermera till Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs förslag till reglering.⁶⁷

⁶⁶ Se Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs yttrande: ”Opinion on the proposal for a first Council Directive to approximate the laws of the Member States relating to trade marks and the proposal for a Council Regulation on Community trade marks”, publicerad i *Europeiska Unionens Officiella Tidning* C 310, Vol. 24, 30 nov. 1981, s. 22-26.

⁶⁷ Se Europaparlamentets yttrande angående förslag till direktiv och till förordning, publicerad i *Europeiska Unionens Officiella Tidning* C 307, Vol. 26, 14 nov., 1983, s. 44-52.

Varken kommissionens förslag till regleringsstrategi rörande kvalitetssäkring vid licensiering av varumärken å ena sidan eller Europeiska ekonomiska och sociala kommitténs respektive Europaparlamentets förslag till reglering å andra sidan, behölls dock i den första färdiga versionen av förordningen om varumärken (förordning 40/94) och inte heller någon motsvarande bestämmelse om kvalitetskontroll vid licensiering av varumärken infördes i den versionen av förordningen.⁶⁸ Den bestämmelse om licensiering som förskrevs i denna version är till dags dato i allt väsentligt oförändrad – nuvarande bestämmelse om licensiering i förordning 2017/1001 innehåller inte någon motsvarande föreskrift avseende kvalitetskontroll likt de föreskrifter som kommissionen, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén respektive Europaparlamentet föreslog och någon motsvarande föreskrift återfinns inte heller i bestämmelsen om licensiering i direktiv 2008/95.⁶⁹ Faktumet att varken den reglering om kvalitetssäkring som kommissionen föreslog från början eller den reglering avseende detta som Europeiska ekonomiska och sociala kommittén respektive Europaparlamentet föreslog återfinns i nu gällande direktiv eller förordning, har betydelse för förekomsten av god- respektive ond tro i en avtalsrättsligt kontext där kvalitén å de produkter som en ensamrättsinnehavares varumärke anbringas på inte motsvarar den kvalitet som konsumenter hade förväntat sig. Om en sådan skyldighet att upprätthålla en specifik kvalitet å produkter som ett visst varumärke anbringades på hade föreskrivits i det nuvarande direktivet och i den nuvarande förordningen, skulle konsumenter ha haft all anledning att befinna sig i god tro avseende produkters kvalitet eftersom varumärket i ett sådant fall hade garanterat att produkterna ifråga var av viss kvalitet. Av samma anledning skulle en licensgivare och en licenstagare som försålde produkter som bar ett visst varumärke men som inte var av enhetlig kvalitet, ha haft all anledning att befinna sig i ond tro avseende konsumenternas

⁶⁸ Se artikel 22 i rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken. ; Jfr. härtill också artikel 8 i rådets första direktiv av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (89/104/EEG).

⁶⁹ Se artikel 22 i förordning nr 40/94 jämförd med artikel 25 i förordning 2017/1001. ; Se artikel 8 i direktiv 2008/95.

befogade förväntningar i detta avseende. Oaktat att en sådan föreskrift om kvalitetssäkring inte återfinns i nu gällande direktiv och förordning, har konsumenter anledning att befinna sig i god tro avseende produkters kvalitet på grund av det varumärke som anbringas på dessa och näringsidkare anledning att befinna sig i ond tro avseende konsumenternas förväntningar i detta avseende, eftersom den unionsrättsliga rättstillämparen (som det kommer att utvecklas nedan) har tolkat artikel 8.2 i direktiv 2008/95 om licensiering på så vis att varumärkens funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung skall förstås som att varumärken anger vem som har makt att bestämma över kvalitén å de varor och tjänster som varumärket anbringas på.

Det nu gällande direktivet och den nu gällande förordningen innehåller även dem en passus rörande kvalitén å de varor och tjänster som licenstagaren framställer och anbringar det licensierade varumärket på. Denna passus återfinns i punkt 2 i artikel 8 i direktiv 2008/95 (samt i artikel 25.2 i dess motsvarighet i förordning 2017/1001) där det likt den lydelse som kommissionen föreslog i sitt första utkast till förordning föreskrivs att ensamrättsinnehavaren (licensgivaren) kan åberopa de rättigheter som är knutna till varumärket gentemot sin licenstagare om denne agerar i strid med vad som föreskrivs i parternas gemensamma licensavtal exempelvis avseende vilken kvalitet de varor och tjänster som licenstagaren producerar och som det licensierade varumärket anbringas på skall vara av.⁷⁰

Bestämmelsen innebär att ett brott emot en sådan bestämmelse i licensavtalet avseende kvalitet inte bara utgör ett avtalsbrott utan även konstituerar ett varumärkesintrång.⁷¹ Licenstagaren gör sig således i ett sådant fall skyldig till intrång i ensamrättsinnehavarens varumärke på grund av att varor och tjänster som det licensierade varumärket anbringas på och som denne producerar, är av för låg kvalitet.

⁷⁰ Se Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning, s. 25. ; Se artikel 8 i direktiv 2008/95. ; Se artikel 25 i förordning 2017/1001.

⁷¹ Karnov internet, varumärkeslag (2010:1877) 6 kap. 4 §, not 405, 2018-01-02.

Artikel 8.2 i direktiv 2008/95 har tolkats av den unionsrättsliga rättstillämparen i mål C-59/08 *Copad*.⁷² I den situation som var föremål för den unionsrättsliga rättstillämparens bedömning, hade näringsidkaren Christian Dior ingått ett varumärkeslicensavtal tillsammans med näringsidkaren Société industrielle lingerie (SIL). Licensavtalet avsåg tillverkning och distribution av varor under Christian Diors varumärke. Licensavtalet innehöll en bestämmelse av innebörd att SIL inte fick distribuera varorna ifråga till vissa typer av återförsäljare eftersom Christian Dior (licensgivaren) ansåg att en distribution till dessa skulle kunna skada det licensierade varumärkets nimbus. SIL bröt denna bestämmelse i licensavtalet. Christian Dior hävdade att SIL hade gjort sig skyldigt till varumärkesintrång genom sitt förfarande.⁷³

Den unionsrättsliga rättstillämparen anförde att en licenstagare som bryter en bestämmelse i licensavtalet som föreskriver vilken kvalitet de varor skall inneha som det licensierade varumärket anbringas på, gör sig skyldig till ett varumärkesintrång. Den unionsrättsliga rättstillämparen förklarade att så var fallet genom att hänvisa till rättspraxis rörande varumärkets funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung.⁷⁴ Den anförde att denna funktion innebär att "[varumärket] *måste (...) utgöra en garanti för att alla varor eller tjänster som bär det har framställts eller tillhandahållits under kontroll av ett enda företag som ansvarar för deras kvalitet.*"⁷⁵ Den menade att det var med hänvisning till detta förhållande som licenstagares brott emot en avtalsbestämmelse rörande kvalitét inte blott konstituerade ett avtalsbrott utan även konstituerade ett varumärkesintrång. Den unionsrättsliga rättstillämparen anförde vidare att SIL:s avtalsbrott kunde skada kvalitén å varorna som det distribuerade under Christian Diors varumärke eftersom försäljningen av dessa varor av den återförsäljare som SIL hade distribuerat varorna till kunde vara skadlig för bilden av varorna som exklusiva produkter och denna bild av varorna skulle anses utgöra en del av varornas

⁷² Se Mål C-59/08 *Copad*.

⁷³ Se Mål C-59/08 *Copad*, p. 7-11.

⁷⁴ Se Mål C-59/08 *Copad*, p. 15-23.

⁷⁵ Mål C-59/08 *Copad*, p. 22.

kvalitet i den bemärkelse som avses i artikel 8.2 i direktivet. Den unionsrättsliga rättstillämparen överlämnade till den nationella domstolen som hade begärt förhandsavgörandet att avgöra huruvida SIL:s distribution faktiskt hade skadat denna bild av varorna som exklusiva produkter på ett sådant sätt.⁷⁶

Den unionsrättsliga rättstillämparens relaterande av ett brott emot en kvalitetsföreskrift i ett licensavtal till varumärkets funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung bör uppmärksammas. Den formulering som har citerats i stycket ovan anger att den unionsrättsliga rättstillämparen anser att varumärkets funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung inte bara består av att varumärket identifierar vem som en vara emanerar ifrån utan också består av att det identifierar vem som ansvarar för varans kvalitet. En närmare betraktelse av licensieringsförhållandets natur ådagalägger att det just är att ange vem som ansvarar för varans kvalitet som utgör ursprungsangivelse-funktionens kärna. Vid en licensiering såsom i det ovan refererade fallet *Copad* är det faktiska ursprunget till varan inte längre Christian Dior eftersom det inte är Christian Dior som tillverkar varan, utan SIL. SIL är i ren semantisk bemärkelse ursprunget till varan eftersom denne är tillverkaren av densamma. Detta förhållande innebär dock inte att den ursprungsangivande funktionen förfelas (i så fall skulle ju inte licensiering av ett varumärke vara tillåtet överhuvudtaget). Den förfelas inte heller i en situation där licenstagaren producerar produkterna i överensstämmelse med ensamrättsinnehavarens instruktioner, men dock (som har anförts ovan) i en situation där licenstagaren bryter emot ensamrättsinnehavarens instruktioner avseende kvalitet. Detta eftersom, som den unionsrättsliga rättstillämparen antyder i målet *Copad*, i en sådan situation ensamrättsinnehavaren inte har godkänt att varor av den kvalitén försäljs under varumärket. Det är frånskiljningen mellan ensamrättsinnehavaren och dennes makt att bestämma vilken kvalitet varorna skall inneha som gör att varumärkets funktion att ange varornas kommersiella ursprung förfelas. Av detta kan

⁷⁶ Se C-59/08 *Copad*, p. 15-37.

man dra slutsatsen att varumärkens funktion att ange kommersiellt ursprung närmare bestämt består av att ange vem som har makt att bestämma över varornas och tjänsternas kvalitet – att termen ”ursprung” skall förstås som vem som innehar makten att bestämma över kvalitén å de varor och tjänster som ett varumärke anbringas på.

En sådan tolkning av den ursprungsangivande funktionen har, som nämndes ovan i avsnitt 3.3, betydelse för frågan om god- respektive ond tro i en avtalsrättslig kontext där kvalitén å de produkter som en ensamrättsinnehavares varumärke anbringas på inte motsvarar den kvalitet som konsumenterna hade förväntat sig. Detta beror på att en sådan tolkning av den ursprungsangivande funktionen, att ett varumärke anger vem som innehar makten att bestämma över kvalitén å de produkter som varumärket anbringas på, ger konsumenter befogad anledning att tro att produkterna ifråga skall vara av viss kvalitet eftersom en viss näringsidkare innehar makten att bestämma över dessa produkters kvalitet. En tidigare kvalitetserfarenhet av en produkt bärande ett visst varumärke som anger att en viss näringsidkare innehar makten att bestämma över kvalitén å de produkter som varumärket ifråga anbringas på, ger konsumenter anledning att tro att produkter som denne införskaffar och som samma näringsidkare innehar makten att bestämma kvalitén över, skall vara av samma kvalitet. På motsvarande sätt har en näringsidkare som försäljer produkter som är av lägre kvalitet än vad konsumenter i allmänhet kan förvänta sig till följd av att det varumärke som anbringas på produkterna tidigare har anbringats på produkter av högre kvalitet, anledning att befinna sig i ond tro angående konsumenternas missriktade förväntningar avseende kvalitén å de produkter som de införskaffar.

4 Betydelsen av god- och ond tro i svensk lagstadgad avtalsrätt

I det föregående kapitlet i denna uppsats lades det i öppen dag att det unionsrättsliga varumärkesskyddet vilar på den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung och att denna principiella uppfattning är av betydelse för huruvida en konsument respektive en näringsidkare befinner sig i god- respektive ond tro i de två avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som behandlas i denna framställning. I förevarande kapitel (kapitel 4) kommer det att redogöras för på vilka sätt god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts relevans i svensk lagstadgad avtalsrätt. Som nämntes i det inledande kapitlet till denna uppsats tillmäts inte god- och ond tro relevans enbart i *svensk* rätt, utan även i flertalet andra rättsordningar inom den Europeiska Unionen. I förvarande uppsats tas dock, som bekant, svensk rätt som exempel. Genom att kartlägga på vilka sätt god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts relevans i svensk lagstadgad avtalsrätt skapas en plattform för att undersöka vilka rättsliga argument och möjligheter det finns för att erkänna konsumenters rättsliga anspråk visavi näringsidkare i de avtalsrättsliga kontexter avseende förväxling av en näringsidkares tecken och en ensamrättsinnehavares varumärke respektive otillfredsställelse rörande produkters kvalité, som utgör de två avtalsrättsliga kontexter som undersöks i denna uppsats. I kapitel 5 kommer sedermera denna plattform att underbyggas ytterligare i och med att det i det i kapitlet kommer att undersökas vilken relevans god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts i det oreglerade avtalsrättsliga institutet *förutsättningsläran*.

4.1 God- respektive ond tros betydelse för ingående av avtal

Huruvida en avtalspart befinner sig i god- eller ond tro vid avtalsslutet, tillmäts relevans i fundamentet i den svenska lagstadgade avtalsrätten – den svenska avtalslagen.⁷⁷ I denna lag föreskrivs det, exempelvis, att ett avtal som utgångspunkt inte kommer till stånd om ett antagande svar kommer anbudsgivaren för sent tillhanda, men att undantag görs ifrån detta (det vill säga att ett avtal kommer till stånd) om den som har avgivit det antagande svaret utgår ifrån att det har kommit fram i rätt tid och anbudsgivaren måste inse detta. För att undvika att ett avtal kommer till stånd i en sådan situation krävs det att anbudsgivaren aktivt agerar genom att kontakta svarsgivaren och meddela denne att han/hon inte godtar svaret ifråga.⁷⁸ På liknande vis föreskrivs det i 6 § i lagen att ett antagande svar som på något vis innehållsmässigt inte överensstämmer med ett anbud, som utgångspunkt, inte utgör en accept som konstituerar ett avtal mellan parterna. Avtal kommer dock till stånd om den som har avgivit svaret anser att det överensstämmer innehållsmässigt med anbudet ifråga och anbudsgivaren (det vill säga den som mottar svaret) måste inse detta.⁷⁹

Ovan beskrivna regler kan således beskrivas som att anbudsgivarens⁸⁰ onda tro avseende motpartens goda tro vad tid och innehåll beträffar, försätter anbudsgivaren i en situation där denne måste agera aktivt för att undgå att bli bunden av ett avtal emot sin vilja. Ond tro hos den ena kontrahenten i kombination med god tro hos den andra kontrahenten ändrar lagstiftarens syn på parternas aktioner i så måtto att aktioner som, som utgångspunkt, inte av lagstiftaren betraktas såsom konstituerande ett avtal tvärtom betraktas såsom konstituerande ett avtal genom förhandenvaro av dessa subjektiva element.

⁷⁷ Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område. Hädanefter benämnd *avtalslagen*.

⁷⁸ Se 4 § avtalslagen.

⁷⁹ Se 6 § avtalslagen.

⁸⁰ Det vill säga den som mottar det antagande svaret i de två ovan beskrivna reglerna.

På liknande vis stadgas det i lagens 9 § att ena partens onda tro i kombination med framkallande av den andra partens aktion att avge ett anbud utgör två omständigheter som måste vara för handen för att ett avtal mellan parterna skall komma till stånd i den situation som föreskrivs i den paragrafen. För att förhindra att ett avtal kommer till stånd måste den part som befinner sig i ond tro och som har framkallat den andra partens agerande att avge ett anbud, meddela den andra parten att han/hon inte vill godta det avgivna anbudet.⁸¹

Betydelsen av den ena kontrahentens onda tro för ingåendet av ett avtal ådagaläggs även i avtalslagens regler om fullmakter. I lagens 11 § stadgas det nämligen att en fullmäktig som lämnar ett anbud i strid emot fullmaktsgivarens inskränkande föreskrifter, inte binder fullmaktsgivaren vid ett avtal om den som anbudet har givits till och som har avgivit accept därå, har insett eller borde ha insett att fullmäktigen överskred sin befogenhet.⁸² Motsatsvis följer att ett avtal kommer till stånd oaktat att fullmäktigen har överskridit sin befogenhet, om den som mottar anbudet ifråga och avger accept därå *inte* befinner sig i ond tro. Frågan om god- respektive ond tro är således även i denna bestämmelse avgörande för huruvida ett avtal kommer till stånd eller inte.

Beträffande *återkallande* av fullmakt ger lagens 19 § uttryck för den fullständigt avgörande betydelsen av att den ena parten befinner sig i god tro och av att den andra parten befinner sig i ond tro, för frågan om huruvida ett avtal har ingåtts mellan två parter eller inte.⁸³ Betydelsen av god tro i motsats till ond tro vid återkallelse av fullmakt framträder även i 20 § och i 21 § 1st. i lagen.⁸⁴

⁸¹ Se 9 § avtalslagen.

⁸² Se 11 § 1 st. avtalslagen.

⁸³ Se 19 § avtalslagen.

⁸⁴ Se 20 § och 21 § 1st. avtalslagen.

4.2 God- respektive ond tros betydelse för ogiltigförklarande av avtal

Avtalslagen uppvisar även ett mönster där frågan om god- respektive ond tro tillmäts avgörande betydelse för huruvida ett ingånget avtal skall kunna ogiltigförklaras eller inte. Detta kommer till uttryck i det tredje kapitlet i lagen som rör spörsmål om rättshandlingars ogiltighet. I detta kapitel föreskrivs, exempelvis, att en rättshandling som ett rättssubjekt har blivit tvungen att företaga och där tvånget har utövats genom våld å person eller genom hot å person, som utgångspunkt inte med framgång kan åberopas gentemot ett sådant rättssubjekt, men att rättshandlingen tvärtom med framgång kan åberopas visavi rättssubjektet ifråga om den som rättshandlingen företogs gentemot inte är densamme som den som utövade tvånget och denne dessutom befann sig i god tro (det vill säga inte kände till att rättshandlingen ifråga hade tillkommit under påverkan av tvång). Befinner sig denne däremot i ond tro rörande tvånget och dess inverkan på avgivandet av rättshandlingen, kan rättshandlingen som den tvungne har företagit (exempelvis avgivandet av ett anbud eller avgivandet av en accept) inte med framgång göras gällande visavi den tvungne ifråga.⁸⁵ Samma principer gör sig gällande i 29 § i lagen som också rör rättshandling företagen under tvång, men där tvångsmedlet inte utgörs av våld å person eller av hot å person.⁸⁶

Det föreskrivs likaledes i lagens 30 § om svikligt förledande att den som insett eller borde ha insett att den som företog en rättshandling (exempelvis avgav ett anbud eller lämnade en accept) hade blivit svikligen förledd att företaga rättshandlingen ifråga, inte med framgång kan göra rättshandlingen gällande gentemot det svikligen förledda rättssubjektet.⁸⁷

Betydelsen av ond tro kontra god tro för en rättshandlings giltighet (och därmed också för ogiltigförklarandet av ett ingånget avtal) framträder även i

⁸⁵ Se 28 § avtalslagen.

⁸⁶ Se 29 § avtalslagen.

⁸⁷ Se 30 § 1st. avtalslagen.

31 § 2st. och 32 § i avtalslagen.⁸⁸ Beträffande 32 § föreskrivs det på liknande vis i detta lagrumms andra stycke som i lagens 4 och 6 §§, att den ena parten som befinner sig i ond tro avseende en viss omständighet är nödgad att agera för att inte bli bunden av en rättshandling (exempelvis ett anbud eller en accept) när den andra parten befinner sig i god tro avseende omständigheten ifråga.⁸⁹

4.3 God- respektive ond tros betydelse för bedömningen av en avtalsprestations riktighet

Ett studium av köplagen⁹⁰ och konsumentköplagen⁹¹ ådagalägger att avtalsparters goda- respektive deras onda tro har stor betydelse för hur lagstiftaren betraktar deras mellanhavanden. Medan god tro och ond tro i avtalslagen, som har ådagalagts ovan, har betydelse för frågan om huruvida ett avtal överhuvudtaget har kommit till stånd eller inte samt för frågan om huruvida ett ingånget avtal kan ogiltigförklaras eller ej, kommer betydelsen av god- respektive ond tro i köplagen och konsumentköplagen, som kommer att utvecklas nedan, till uttryck genom att flertalet bestämmelser i dessa lagar betingar förhandenvaro av god- respektive ond tro avgörande betydelse för huruvida en avtalsprestation är att betrakta som riktigt eller oriktigt utförd, för huruvida en viss specifik påföljd kan aktualiseras eller inte i händelse av att en avtalsprestation inte är korrekt utförd av den ena avtalsparten samt för beräkningen av vissa tidsfrister inom vilka vissa meddelanden måste givas till den andra avtalsparten.

Beträffande god- respektive ond tros betydelse för bedömningen av huruvida en avtalsprestation är att betrakta som riktigt eller oriktigt utförd, stadgas det i 17 § i köplagen att en vara skall⁹² anses vara felaktig om den inte är ägnad för det särskilda ändamål som köparen avsåg att använda varan för, om säljaren måste ha insett detta särskilda ändamål vid tillfället för köpet och

⁸⁸ Se 31 § 2st. och 32 § avtalslagen.

⁸⁹ Se 32 § 2st. avtalslagen.

⁹⁰ Köplag (1990:931). Hädanefter benämnd *köplagen*.

⁹¹ Konsumentköplag (1990:932). Hädanefter benämnd *konsumentköplagen*.

⁹² Om inte annat följer av avtalet – Se 17 § 2st. köplagen.

köparen har haft rimlig anledning att förlita sig på säljarens sakkunskap och bedömning.⁹³ Om köparen inte har haft rimlig anledning att göra detta och/eller säljaren inte, av vad som framgår av situationen, måste ha insett det särskilda ändamålet, föreligger således inget fel i varan – säljarens avtalsprestation avseende varans skick är således riktig i ett sådant fall. På liknande vis föreskrivs det i konsumentköplagens 16 § att en vara skall anses vara felaktig om den inte är ägnad för det särskilda ändamål som dess köpare avsåg att använda varan för, om säljaren måste ha insett förhandenvaron av detta särskilda ändamål.⁹⁴

Vidare föreskrivs det i köplagen att en vara är felaktig om den inte är förenlig med sådan information om dess egenskaper och användning som har lämnats av säljaren själv, någon i tidigare säljled eller någon annan för säljarens räkning, innan köpet och som kan antas ha inverkat på köpet. Detta gäller dock inte om säljaren befann sig i god tro om de uppgifter som någon i tidigare säljled eller någon annan för säljarens räkning hade lämnat avseende varan.⁹⁵ Frågan om god- respektive ond tro är således även i en sådan situation avgörande för huruvida varan, avtalsprestationen, skall anses vara felaktig eller inte. Motsvarande bestämmelse i konsumentköplagen återfinns i denna lags 19 §.⁹⁶

Säljarens tystnad och onda tro avseende ett väsentlig förhållande rörande varan i kombination med att köparen hade fog för att bli upplyst om detta förhållande utgör, vidare, en nödvändig förutsättning för att en vara som är såld i befintligt skick⁹⁷ skall anses vara felaktig enligt den andra punkten i det första stycket i 19 § köplagen.⁹⁸ I konsumentköplagen föreskrivs det att en vara (inte nödvändigtvis en sådan som är försåld i befintligt skick) skall anses vara behäftad med fel vid säljarens tystnad och onda tro avseende ett

⁹³ Se 17 § 2st. 2p. och 3st. köplagen.

⁹⁴ Se 16 § 2st. 2p. och 3st. 1p. konsumentköplagen.

⁹⁵ Se 18 § köplagen.

⁹⁶ Se 19 § 1-3st. konsumentköplagen.

⁹⁷ Eller med ett annat sådant förbehåll – se 19 § 1st. köplagen.

⁹⁸ Se 19 § 1st. 2p. köplagen. Dessutom föreskrivs det i detta lagrum att man måste kunna anta att underlåtenheten att upplysa om förhållandet ifråga inverkade på köpet, för att varan ifråga skall anses vara behäftad med fel – Se 19 § 1st. 2p. köplagen.

förhållande rörande varan i kombination med att köparen hade fog för att räkna med att bli upplyst om detta förhållande, om säljarens underlåtenhet att upplysa om förhållandet kan antas ha inverkat på köpet ifråga.⁹⁹

4.4 God- respektive ond tros betydelse för huruvida en viss påföljd kan göras gällande

Förhandenvaron av god- respektive ond tro har enligt köplagens bestämmelser dessutom inte sällan avgörande betydelse för frågan huruvida en viss påföljd kan göras gällande vid ett avtalsbrott eller inte. Det stadgas exempelvis i lagen att en köpare får häva köpet på grund av en säljares dröjsmål om avtalsbrottet ifråga är av väsentlig betydelse för köparen och detta insågs eller borde ha insetts av säljaren, att en köpare får häva köpet på grund av fel i varan om felet ifråga är av väsentlig betydelse för köparen och säljaren befann sig i ond tro avseende felets betydelse för köparen (säljaren insåg eller borde ha insett detta), att köparen alltid har rätt till ersättning för skada som denne har lidit på grund av ett rättsligt fel i varan om köparen varken kände eller borde ha känt till felet och det rättsliga felet förelåg vid tidpunkten för köpet, att köparen vid partiellt avtalsbrott får häva köpet i dess helhet om dröjsmålet eller felet som konstituerade det partiella avtalsbrottet var av väsentlig betydelse för köparen ifråga om hela köpet och säljaren befann sig i ond tro avseende detta (insåg eller borde ha insett detta).¹⁰⁰ På liknande vis föreskrivs beträffande köparens möjligheter att med framgång kräva omleverans av en felaktig vara, att avtalsbrottet skall vara av väsentlig betydelse för köparen och att säljaren skall ha befunnit sig i ond tro om detta.¹⁰¹

God- respektive ond tro har även betydelse för huruvida en påföljd som köparen i princip skall kunna göra gällande i den enskilda situationen, likväl

⁹⁹ Se 16 § 3st. 2p. konsumentköplagen. Det bör noteras att medan det i köplagen föreskrivs att förhållandet ifråga skall vara *väsentligt* och att säljaren *måste antas ha känt till* detta väsentliga förhållande, det i konsumentköplagen inte krävs att förhållandet är av väsentlig natur samt att det där stadgas att säljaren *kände till eller borde ha känt till* förhållandet ifråga – Se 19 § 1st. 2p. köplagen och Se 16 § 3st. 2p. konsumentköplagen.

¹⁰⁰ Se 25 § 1st., 39 § 1st., 41 § 2st. och 43 § 1st. köplagen.

¹⁰¹ Se 34 § 2st. köplagen.

inte kan göras gällande eftersom hans/hennes rätt att göra gällande denna påföljd har fallit bort på grund av att köparen inte kan lämna tillbaka varan i väsentligen samma skick som den var av då den köptes. Denna ordning innebär således, som utgångspunkt, att köparen inte har rätt att häva ett köp eller kräva omleverans av en vara om varan ifråga har använts av köparen eller har sålts vidare av denne. Undantag görs dock för det fall att köparen innan denne disponerade över varan på något av dessa vis varken märkte eller borde ha märkt det fel vilket han/hon vill göra gällande.¹⁰²

Förhandenvaron av god- eller ond tro är även av betydelse för *säljarens* möjligheter att göra påföljder gällande vid *köparens avtalsbrott*. Det föreskrivs i 55 § i köplagen att säljaren får häva ett köp om köparen inte medverkar till köpet på det sätt som det föreskrivs i lagen att denne skall göra, avtalsbrottet är av väsentlig betydelse för säljaren och köparen insåg eller borde ha insett att så var fallet.¹⁰³

4.5 God- respektive ond tros betydelse för beräkningen av tidsfrister

God- respektive ond tro har även betydelse för beräkningen av tidsfrister inom vilka vissa meddelanden måste givas till den andra parten i avtalsrelationen. Som exempel avseende detta kan nämnas 32 § i köplagen som rör reklamation. I denna bestämmelse föreskrivs det att en köpare inte får åberopa att en vara är felaktig om denne inte meddelar säljaren om felet ifråga inom skälig tid efter det att köparen märkte eller borde ha märkt felet.¹⁰⁴ Tidpunkten för när köparen först befinner sig i ond tro om felet utgör således grunden för beräkningen inom vilken tidsram köparen måste meddela säljaren om felet för att köparen inte skall förlora rätten att åberopa att varan ifråga är felaktig.

¹⁰² Se 66 § 2st. 3p. köplagen. Ett liknande stadgande återfinns i 45 § 2st. 3p. i konsumentköplagen.

¹⁰³ Se 55 § köplagen.

¹⁰⁴ Se 32 § 1st. köplagen. Beträffande motsvarande bestämmelse i konsumentköplagen – Se 23 § 1st. konsumentköplagen.

Lagstiftaren har på liknande vis i 29 § i köplagen föreskrivit att en köpare inte får häva ett köp på grund av dröjsmål eller kräva skadestånd på grund av dröjsmål, om han/hon inte lämnar säljaren meddelande om sina intentioner i detta avseende inom skälig tid efter det att han/hon fick kännedom om det sena avlämnandet av varan.¹⁰⁵ Motsvarande stadgande rörande *säljarens* meddelande om sina intentioner i dylikt avseende återfinns i det andra stycket i 59 § i lagen.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Se 29 § i köplagen. Se även 39 § 2st. i köplagen avseende meddelande om hävning av köp på grund av fel i vara.

¹⁰⁶ Se 59 § 2st. i köplagen. Se även 28 och 59 §§ i köplagen där det stadgas att en köpare respektive en säljare skall meddela den andra parten om han/hon hindras från att fullgöra ett köp i tid. Om den andra parten inte får ett sådant meddelande inom skälig tid efter det att köparen eller säljaren fick kännedom eller borde ha fått kännedom om hindret ifråga, har den andra parten rätt till ersättning för den skada som kunde ha undvikits om denne hade fått meddelandet om hindret i tid. Se även 40 § i köplagen rörande säljarens skyldighet att meddela om förhinder att leverera felfri vara.

5 Betydelsen av god- och ond tro i förutsättningsläran

I det föregående kapitlet i denna uppsats (kapitel 4) redogjordes det för på vilka sätt god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts relevans i svensk lagstadgad avtalsrätt. Det anfördes att syftet med det kapitlet var att skapa en plattform för att undersöka vilka rättsliga argument och möjligheter det finns för att erkänna konsumenters rättsliga anspråk visavi näringsidkare i de två avtalsrättsliga kontexter avseende förväxling av en näringsidkares tecken och en ensamrättsinnehavares varumärke respektive otillfredsställelse rörande produkters kvalitet, som utgör de avtalsrättsliga kontexter som undersöks i denna uppsats. I förevarande kapitel (kapitel 5) kommer denna plattform att underbyggas ytterligare i och med att det i detta kapitel kommer att undersökas vilken relevans god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts i det oreglerade avtalsrättsliga institutet *förutsättningsläran*. I nästkommande kapitel (kapitel 6) kommer det sedermera att analyseras vilka rättsliga argument och möjligheter det finns för att erkänna konsumenters rättsliga anspråk visavi näringsidkare i de två avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som behandlas i denna uppsats.

Förutsättningsläran är ett avtalsrättsligt institut, en rättsregel, som vad svensk rätt beträffar inte återfinns i någon författning utan har utvecklats och vunnit erkännande i rättspraxis och i rättsvetenskaplig doktrin. Förutsättningsläran innebär att avsteg från avtalsbundenhet kan göras om en avtalspart har ingått ett avtal under en *felaktig förutsättning*. Med *felaktig förutsättning* avses (I) att en avtalspart ingår ett avtal under påverkan av en omständighet som den tror är för handen vid avtalslutet, men som i själva verket inte är för handen *eller* (II) att en avtalspart ingår ett avtal under påverkan av en omständighet som sedan förändras sedan avtalet väl ha slutits. Den första typen (I) benämns i doktrinen vanligen *oriktiga*

förutsättningar medan den andra typen (II) kategoriseras som *bristande förutsättningar*.¹⁰⁷ Utgångspunkten är att den avtalspart som har ingått ett avtal under påverkan av vad som visar sig vara en felaktig förutsättning (antingen en oriktig sådan eller en bristande sådan) bär ansvaret för detta och att avtalet således förblir verksamt mellan parterna oaktat den felaktiga förutsättningen.¹⁰⁸ Det finns dock faktorer som kan föranleda att den felaktiga förutsättningen tillmäts rättslig relevans – det vill säga innebära att det ingångna avtalet förklaras vara overksam antingen helt eller delvis. Dessa faktorer bildar tillsammans de tre, kumulativa, rekvisit som förutsättningsläran stipulerar för att rättsföljden ogiltighet skall inträda.¹⁰⁹

Det första av de ovannämnda rekvisiten utgörs av det så kallade *väsentlighetsrekvisitet*. Detta rekvisit innebär att förutsättningen har inverkat på den ifrågavarande avtalspartens beslut att ingå avtalet eller att avtalet har getts ett annat innehåll till följd av den felaktiga förutsättningen än vad som hade varit fallet annars.¹¹⁰ I rättsfallet NJA 1981 s. 269 som rörde ett mellan en kommun och en arrendator ingånget förlikningsavtal, anförde Högsta domstolen att arrendatorn hade ingått avtalet ifråga under förutsättningen att marken som han arrenderade skulle användas för att bygga bostäder inom en snar framtid och att denna förutsättning var *väsentlig*. Högsta domstolen konstaterade att förutsättningen ifråga skulle anses vara *väsentlig* eftersom arrendatorn inte skulle ha ingått förlikningsavtalet om denne inte hade påverkats av denna förutsättning.¹¹¹

Att konstatera att en förutsättning är *väsentlig* genom att, på det vis som Högsta domstolen gjorde i ovan refererade dom, pröva huruvida avtalsparten ifråga hade ingått avtalet även om den inte hade påverkats av

¹⁰⁷ Se Lehrberg (1989) s. 25-27, 79-80.

¹⁰⁸ Se Lehrberg (1989) s. 21.; Se NJA 1981 s. 269.

¹⁰⁹ Se Lehrberg (1989) s. 25-27.

¹¹⁰ Se Lehrberg (1989) s. 25-27, 180-181. ; Se NJA 1985 s. 178 där Högsta domstolen anmärkte att den ifrågavarande förutsättningen var avgörande för att avtalsparten ifråga skulle företa den transaktion som var föremål för behandling i målet. ; Se även NJA 1981 s. 269 där Högsta domstolen anförde att förutsättningen ifråga måste vara väsentlig för att kunna tillmätas relevans.

¹¹¹ Se NJA 1981 s. 269.

den återopade förutsättningen, kallas traditionellt inom den rättsvetenskapliga doktrinen för det *hypotetiska provet*. Avtalspartens faktiska agerande (det vill säga att ingå avtalet/att ge avtalet en viss utformning) jämförs med utfallet av en fingerad situation där den felaktiga förutsättningen inte utgör en del av det relevanta rättssubjektets beslutsunderlag. Lämpligheten av att använda detta tillvägagångsätt, detta *prov*, har ifrågasatts inom den rättsvetenskapliga doktrinen med hänvisning till att det är vagt och svårt att tillämpa - hur kan man fastställa att rättssubjektet skulle ha agerat annorlunda än vad den faktiskt gjorde om den felaktiga förutsättningen inte hade ingått i dennes beslutsunderlag?¹¹² Ett sådant ifrågasättande förefaller grunda sig på uppfattningen att det är svårt att fastställa vad som har verkat bestämmande på ett rättssubjekts handlingsmönster. I sin doktorsavhandling betitlad *Förutsättningsläran*, anför dock Bert Lehrberg att en sådan bedömning utgör en bedömning av kausalitet och att sådana bedömningar inte är främmande att företaga inom rättstillämpningen i andra situationer. Lehrberg menar således att bedömningen inte är så problematisk som dess kritiker tenderar att göra gällande.¹¹³

Bedömningen är som utgångspunkt av individualiserad art i så måtto att det som skall beaktas är huruvida det enskilde rättssubjektet (inte rättssubjekt generellt) skulle ha agerat om beslutsunderlaget ifråga hade varit annorlunda. Detta utesluter dock inte att domstolen i den mån den är i tvivelsmål om hur det enskilde rättssubjektet skulle ha agerat, istället utgår ifrån en objektiv måttstock (det vill säga hur rättssubjekt generellt skulle ha agerat om deras beslutsunderlag hade varit annorlunda beskaffat).¹¹⁴

Det hypotetiska provet kan leda till tre resultat. Det första (I) tänkbara resultatet är att bedömningen ger vid handen att rättssubjektet ifråga skulle ha agerat likadant även om dennes beslutsunderlag i den fingerade situationen skiljde sig åt från dess beslutsunderlag i den faktiska situationen

¹¹² Se Lehrberg (1989) s. 177-181, 227-231.

¹¹³ Se Lehrberg (1989) s. 227-231.

¹¹⁴ Se Lehrberg (1989) s. 214-219, 227-231.

på så vis att den felaktiga förutsättningen utgjorde en del av beslutsunderlaget i den faktiska situationen men inte i den fingerade situationen. Den felaktiga förutsättningen utgör i ett sådant fall inte en *väsentlig* förutsättning, vilket innebär att väsentlighetsrekvisitet inte uppfylls. Det andra (II) tänkbara resultatet är att bedömningen ger vid handen att rättssubjektet inte skulle ha agerat likadant i den fingerade situationen som den gjorde i den faktiska situationen om beslutsunderlaget hade varit annorlunda på detta vis, utan skulle ha ingått avtalet under andra premisser - det vill säga att avtalet skulle ha getts en annan utformning i den fingerade situationen men att rättssubjektet jämväl skulle ha ingått avtalet. Det tredje (III) tänkbara resultatet är att bedömningen ger vid handen att rättssubjektet inte skulle ha agerat likadant i den fingerade situationen som den gjorde i den faktiska situationen om beslutsunderlaget hade varit annorlunda på detta vis, utan istället *inte hade ingått avtalet överhuvudtaget* om den felaktiga förutsättningen inte hade utgjort en del av dennes beslutsunderlag när denne stod i begrepp att ingå avtalet ifråga. Det andra (II) och det tredje (III) tänkbara resultatet innebär att den felaktiga förutsättningen utgör en *väsentlig* förutsättning, vilket innebär att väsentlighetsrekvisitet är uppfyllt.¹¹⁵

Det andra rekvisitet som förutsättningsläran stipulerar för att en felaktig förutsättning skall tillmätas rättslig relevans – det vill säga innebära att det ingångna avtalet förklaras vara överksamt antingen helt eller delvis – utgörs av det så kallade *synbarhetsrekvisitetet*. *Synbarhetsrekvisitetet* innebär att den andra avtalsparten både skall ha insett (eller åtminstone borde ha insett) förekomsten av den felaktiga förutsättningen *och* att denna felaktiga förutsättning var av sådan beskaffenhet att den uppfyllde väsentlighetsrekvisitetet.¹¹⁶ Betydelsen av god- och ond tro avseende förutsättningens förhandenvaro och dess väsentlighet är således fullkomligt avgörande för att ett avtal helt eller delvis skall kunna ogiltigförklaras genom förutsättningsläran. Likt vissa av de regler i svensk lagstadgad

¹¹⁵ Se Lehrberg (1989) s. 26, 177-181, 187, 214-219.

¹¹⁶ Se Lehrberg (1989) s. 25-27, 247-248.

avtalsrätt som det redogjordes för i kapitel 4, är således den andra avtalspartens onda tro avgörande för huruvida ett ingånget avtal skall kunna ogiltigförklaras genom förutsättningsläran eller ej.

I det ovan refererade rättsfallet NJA 1981 s. 269, anförde Högsta domstolen att det syntes vara klart att kommunen hade insett att arrendatorns felaktiga förutsättning var en *väsentlig* förutsättning och den ansåg därför, utan att benämna rekvisitet vid dess namn, att synbarhetsrekvisitet var uppfyllt i det aktuella fallet.¹¹⁷ I likhet med det fallet anförde Högsta domstolen i rättsfallet NJA 1985 s. 178 att företaget som i detta fall hade företagit en leverans av fartygsplåt till ett varv hade gjort detta under förutsättningen att varvet hade förmåga att erlægga betalning för leveransen, att denna förutsättning var avgörande för företagets agerande och att det för varvet hade stått klart att denna förutsättning var avgörande.¹¹⁸ Det bör noteras att Högsta domstolen i inget av dessa avgöranden uttryckligen konstaterade att den andra avtalsparten hade insett (eller hade bort inse) *förekomsten* av den felaktiga förutsättningen. Likt Lehrberg konstaterar i sin doktorsavhandling *Förutsättningsläran* så måste domstolen likväl ha funnit att den andra avtalsparten hade insett (eller borde ha insett) även *förekomsten* av den felaktiga förutsättningen i dessa fall eftersom det logiskt sett inte går att hävda att den andra avtalsparten insåg (eller borde ha insett) att den felaktiga förutsättningen var väsentlig och samtidigt mena att denne inte insåg (eller inte borde ha insett) att förutsättningen var för handen överhuvudtaget.¹¹⁹ Domstolspraxis innehåller dock även avgöranden där Högsta domstolen uttryckligen har konstaterat att själva förekomsten av den felaktiga förutsättningen insågs (eller borde ha insetts) av den andra avtalsparten. Således konstaterade Högsta domstolen exempelvis i NJA 1984 s. 280 att företrädaren för ett bolag som hade uttalat sig om det beräknade utfallet av en indexklausul som gav upphov till den felaktiga

¹¹⁷ Se NJA 1981 s. 269.

¹¹⁸ Se NJA 1985 s. 178.

¹¹⁹ Se Lehrberg (1989) s. 252.

förutsättning som åberopades i målet, borde ha insett denna felaktiga förutsättnings förhandenvaro.¹²⁰

Synbarhetsrekvisitet är dock inte alltid beskaffat på det sätt som har presenterats ovan. För vissa sorters felaktiga förutsättningar har rekvisitet en annorlunda utformad tillämpning. Att vissa sorters förutsättningar ska behandlas olika beträffande krav på synbarhet härstammar ifrån den danske rättsvetenskapsmannen Henry Ussings doktorsavhandling *Bristende Forudsætninger*.¹²¹ Ussing talade om *typförutsättningar*, vilket mest ändamålsenligt kan förklaras som förutsättningar som i regel är för handen – det vill säga vars förekomst är typiska i avtalsituationer. Den sedvanliga förekomsten av dessa förutsättningar motiverar, enligt Ussing, avsteg ifrån synbarhetsrekvisitet såsom det har presenterats ovan alltefter på vilket sätt förutsättningarna ifråga är typiska. En förutsättning som typiskt sett är väsentlig motiverar, enligt Ussing, att den andra avtalsparten inte måste ha insett (eller borde ha insett) att förutsättningen var väsentlig. En förutsättning som typiskt sett är för handen motiverar på samma vis avsteg ifrån kravet på att förekomsten av denna förutsättning skall ha varit synbar för medkontrahenten och en förutsättning som typiskt sett är *både* för handen och väsentlig motiverar, enligt Ussing, avsteg ifrån synbarhetsrekvisitet i sin helhet.¹²² Denna förståelse för att vissa förutsättningar är typiska, och typiska på olika sätt, har vunnit erkännande i svensk domstolspraxis och har motiverat avsteg från synbarhetsrekvisitet.¹²³ Dessa avsteg ifrån synbarhetsrekvisitet och ifrån kravet på löftesmottagarens onda tro, bör enligt min mening inte förstås som att frågan om god- respektive ond tro i dessa situationer tillmäts mindre relevans – det snarare befäster relevansen av detta spørsmål i sammanhanget eftersom de situationer som Ussing ställer upp karakteriseras av att det i dessa (i den mån avsteg ifrån kravet på synbarhet görs) görs avsteg ifrån kravet på ond

¹²⁰ Se NJA 1984 s. 280.

¹²¹ Ussing, Henry, *Bristende Forudsætninger: bidrag til læren om formueretlige tilsagn*, Gad, Köpenhamn, 1918.

¹²² Se Ussing (1918) s. 101-115 ; Se Lehrberg (1989) s. 48-49, 247-251.

¹²³ Se Lehrberg (1989) s. 252-253.

tro (synbarhet) för att ond tro (synbarhet) avseende en viss omständighet *per automatik* föreligger i situationerna i kraft av förutsättningens typiska karaktäristik och det därför är överflödigt att uppställa ett krav på att den andra avtalsparten skall ha insett eller borde ha insett att denna omständighet var för handen.

Det tredje rekvisitet som förutsättningsläran stipulerar för att en felaktig förutsättning skall tillmätas rättslig relevans – det vill säga innebära att det ingångna avtalet förklaras vara överksamt antingen helt eller delvis – utgörs av det så kallade *riskrekvisitet/den avslutande relevansbedömningen*.¹²⁴ *Riskrekvisitet* avgör om det är den avtalspart som åberopar att den har ingått ett avtal under en felaktig förutsättning (eller har givit avtalet ett visst innehåll på grund av en viss felaktig förutsättning) som uppfyller väsentlighetsrekvisitet och synbarhetsrekvisitet som skall bära de negativa konsekvenserna (risken) för denna felaktiga förutsättning eller om det är dennes medkontrahent som skall göra detta.¹²⁵ En bedömning av huruvida riskrekvisitet är uppfyllt eller inte innefattar således en avvägning mellan å ena sidan intresset hos den avtalspart som har agerat under påverkan av den felaktiga förutsättningen att det ingångna avtalet skall förklaras överksamt helt eller delvis och å andra sidan intresset hos den andra avtalsparten att avtalet skall förbli gällande på de villkor som parterna kom överens om vid tidpunkten för avtalsslutet. I sin doktorsavhandling *Förutsättningsläran* deducerar Bert Lehrberg dessa intressen till vad han kallar för *övergripande ändamålsprinciper* som, enligt honom, ådagalägger grunden för respektive avtalsparts intresse som avvägningen skall göras emellan. Lehrberg identifierar i detta sammanhang exempelvis *tillitsprincipen* som i detta avseende underbygger intresset att den avtalspart som förespråkar att avtalet skall förbli gällande med oförändrat innehåll skall kunna lita på att den andra avtalspartens löfte förblir gällande och *viljeprincipen* som i detta avseende underbygger intresset hos löftesgivaren (den som har agerat under påverkan av den felaktiga förutsättningen) att

¹²⁴ Se Lehrberg (1989) s. 25-27. Härefter begagnas uteslutande termen *riskrekvisitet*.

¹²⁵ Se Lehrberg (1989) s. 276-277.

enbart vara bunden av ett avtal som bygger på premisser som han/hon ville bli bunden av vid avtalsslutet. Utifrån dessa övergripande ändamålsprinciper lyfter Lehrberg sedermera fram olika faktorer som påverkar hur avvägningen skall göras i det enskilda fallet, det vill säga vem av avtalsparterna som skall bära risken för den felaktiga förutsättningen i det enskilda fallet.¹²⁶ Dessa faktorer, som är fem till antalet, utgörs av omständigheter som inom rättspraxis och i den rättsvetenskapliga doktrinen har identifierats såsom relevanta vid bedömningen av vem av parterna som skall bära risken (drabbas) av den felaktiga förutsättningen.¹²⁷

Den första av dessa faktorer är *löftesgivarens goda tro*. Denna omständighet består i att löftesgivaren (det vill säga den som har ingått avtalet under påverkan av en felaktig förutsättning) har varit i god tro beträffande den felaktiga förutsättningen (det vill säga han/hon har trott att förutsättningen var riktig/inte felaktig) och att han/hon har haft befogad anledning att inte tro att förutsättningen var felaktig.¹²⁸ Att denna omständighet har tillmätts relevans kan skönjas i rättspraxis. Det kan exempelvis skönjas i det tidigare nämnda rättsfallet NJA 1984 s. 280 där Högsta domstolen uppgav att löftesgivaren hade haft grundad anledning att betrakta den uppgift om indexhöjning som löftesmottagaren hade lämnat såsom varande en tillförlitlig prognos (vilket påverkade domstolens bedömning).¹²⁹ I rättsfallet NJA 1985 s. 178 anförde Högsta domstolen att löftesgivarens incitament att själv kontrollera huruvida förutsättningen ifråga var korrekt eller inte hade försvagats till följd av löftesmottagarens agerande¹³⁰ och i NJA 1981 s. 269 konstaterade Högsta domstolen att löftesmottagaren i det aktuella fallet hade haft en särskild insyn i de förhållanden som var avgöranden för förutsättningens riktighet/felaktighet och att de uppgifter som denne hade lämnat därför i *särskild grad* [hade] varit ägnade att göra intryck på [löftesgivaren].¹³¹

¹²⁶ Se Lehrberg (1989) s. 31-32, 276-284, 294, 329, 373, 457, 511.

¹²⁷ Se Lehrberg (1989) s. 294-299, 329-336, 373-384, 457-473, 511-514.

¹²⁸ Se Lehrberg (1989) s. 294-299.

¹²⁹ Se NJA 1984 s. 280.

¹³⁰ Se NJA 1985 s. 178.

¹³¹ NJA 1981 s. 269.

Att löftesgivarens goda tro tillmäts relevans vid bedömningen av avtalsrättsliga spörsmål känns igen ifrån den mängd bestämmelser inom svensk lagstadgad avtalsrätt som uppmärksammades i det föregående kapitlet i denna uppsats (kapitel 4). Det är knappast någon överdrift att hävda att relevansen av detta faktum genomsyrar lagstiftningen. Att samma omständighet anses vara av betydelse även vid avgörandet av vem av två avtalsparter som skall bära risken för en felaktig förutsättning, är mot denna bakgrund inte ägnat att väcka förvåning.

Gemensamt för de tre ovannämnda rättsfallen (NJA 1984 s. 280, NJA 1985 s. 178 och NJA 1981 s. 269) är att Högsta domstolen i sitt avgörande också fäste avseende vid att löftesmottagaren i dessa fall hade gjort en *utfästelse* som hade påverkat uppkomsten av den felaktiga förutsättningen hos löftesgivaren – det vill säga föranlett löftesgivaren att utgå ifrån att den förutsättning var korrekt som i själva verket var felaktig. En sådan omständighet (att löftesmottagaren har framkallat förutsättningen genom en utfästelse) utgör en av de fem relevanta faktorerna/omständigheterna vid bedömningen av riskrekvisitets uppfyllelse som återfinns i rättspraxis och i doktrin.¹³² En annan av dessa faktorer som har tillmätts relevans, både inom rättspraxis och i den rättsvetenskapliga doktrinen, är huruvida *löftesmottagaren har befunnit sig i ond tro* avseende den felaktiga förutsättningen. Medan synbarhetsrequisitet, som har behandlats ovan, rör löftesmottagarens onda tro avseende förutsättningens förhandenvaro och dess väsentlighet, rör löftesmottagarens onda tro i detta avseende ond tro beträffande *förutsättningens felaktighet*.¹³³ Lagstiftarens rättspolitiska ställningstagande att tillmäta avtalsparters onda tro rättslig relevans vid diverse avtalsrättsliga spörsmål, likt har ådagalagts ovan i kapitel 4, återfinns således även i den icke lagstadgade förutsättningsläran.

¹³² Se NJA 1984 s. 280. ; Se NJA 1985 s. 178. ; Se NJA 1981 s. 269. ; Se Lehrberg (1989) s. 329-336.

¹³³ Se Lehrberg (1989) 457-458. ; Se NJA 1958 s. 282.

De två övriga faktorerna utgörs (I) av omständigheten att löftesmottagaren har orsakat att förutsättningen ifråga har brustit (det vill säga att löftesmottagaren har orsakat att en förutsättning som vid avtalsslutet var riktig har blivit felaktig) genom sitt agerande eller genom sin underlåtenhet att agera¹³⁴ samt (II) av att den felaktiga förutsättningen var befogad – inte med hänsyn till löftesmottagarens uttryckliga utfästelse (det utgör, som bekant, en separat faktor) – utan ifrån andra observerbara element vid avtalsslutet såsom exempelvis partsbruk, hur stor den köpeskillning var som löftesmottagaren gjorde anspråk på vid avtalsslutet, samt vad som i allmänhet utgör normala förhållanden i en dylik avtalssituation.¹³⁵

Även om man efter ett studium av rättspraxis och rättsvetenskaplig doktrin kan sluta sig till att de fem faktorer som har beskrivits ovan är av betydelse vid bedömningen av huruvida riskrekvisitet är uppfyllt eller inte (det vill säga av betydelse för huruvida löftesmottagaren skall drabbas av den felaktiga förutsättningen eller inte), så förefaller det ingalunda vara klarlagt hur dessa faktorer bör betraktas i relation till varandra; har någon av faktorerna ett större egenvärde i sig själv än de övriga faktorerna och hur ska man förfara i det enskilda fallet om det dels föreligger en omständighet som talar för att den felaktiga förutsättningen bör drabba löftesgivaren och det dels föreligger en omständighet som talar för att den felaktiga förutsättningen istället bör drabba löftesmottagaren? Något klagörande i detta hänseende förefaller inte stå att finna i rättspraxis. Om man beaktar att riskrekvisitet är utformat som ett rekvisit innebärande att risken för den felaktiga förutsättningen ska placeras på en av avtalsparterna torde det dock ligga i sakens natur att faktorer som talar för en placering av risken på en part skall vägas emot faktorer som talar för motsatta utfall. En sådan slutsats ger dock inget besked i huruvida en av faktorerna per automatik skall tillmätas större vikt än de övriga. Oklarheten beträffande faktorernas inbördes relation förefaller försvåra bedömningen av huruvida riskrekvisitet är uppfyllt inte.

¹³⁴ Se Lehrberg (1989) s. 511-514. ; Se NJA 1970 s. 72.

¹³⁵ Se Lehrberg (1989) s. 373-374.

6 Analys

Det har hittills i framställningen ådagalagts att det unionsrättsliga varumärkesskyddet vilar på den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung och att denna principiella uppfattning har betydelse för huruvida en konsument och en näringsidkare befinner sig i god- respektive ond tro i de avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som behandlas i denna uppsats – det vill säga att en konsument införskaffar en produkt i tron att den har sitt ursprung hos en viss näringsidkare, men där produkten i själva verket har sitt ursprung hos en annan näringsidkare som använder ett tecken som är förväxlingsbart med ensamrättsinnehavarens varumärke samt att en konsument införskaffar en produkt i tron att den skall vara av viss kvalitet på grund av det varumärke som produkten bär, men där denna förväntade kvalitet inte motsvarar produktens faktiska kvalitet. Det har anförts tidigare i framställningen att den principiella uppfattningen om varumärkens funktion har betydelse i detta avseende eftersom det konstituerar det normala tillståndet på marknaden; det normala är att varumärken anger en varas eller tjänsts kommersiella ursprung – inte att en annan näringsidkare förleder konsumenter och andra slutanvändare genom att använda sig av ett tecken som är förväxlingsbart med en ensamrättsinnehavares varumärke. Det har argumenterats för att detta faktum utgör grund för att, som utgångspunkt, anta att en konsument i ett dylikt fall befinner sig i god tro avseende omständigheten att den produkt som denne införskaffar har sitt ursprung hos ensamrättsinnehavaren ifråga och inte hos den andra näringsidkaren som använder sig av ett tecken som är förväxlingsbart med ensamrättsinnehavarens varumärke. Överensstämmelsen mellan konsumentens tro och det normala tillståndet, normen, försätter således en konsument som utgångspunkt i god tro i detta avseende. På motsvarande vis försätter en icke-överensstämmelse mellan det normala tillståndet och det faktiska tillståndet i situationen ifråga, näringsidkaren som utgångspunkt i

ond tro avseende konsumentens tro att produkten har sitt ursprung hos ensamrättsinnehavaren ifråga.

På samma vis har det argumenterats för att den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung som utgångspunkt försätter konsumenter i god tro och en näringsidkare i ond tro i en avtalsrättslig kontext där konsumenter har införskaffat en produkt i tron att produkten skall vara av viss kvalitet till följd av det varumärke som produkten ifråga bär, men där produktens faktiska kvalitet visar sig vara sämre än den förväntade kvalitén. Detta beror på att den unionsrättsliga rättstillämparens tolkning av begreppet *ursprung* måste förstås som innebärande vem som innehar makten att bestämma över kvalitén å de produkter som ett varumärke anbringas på. Som har anförts ovan ger varumärkens signal om vem som har innehaft makten att bestämma vilken kvalitet de produkter skall inneha som varumärket ifråga har anbringats på, anledning för konsumenter att befinna sig i god tro rörande att de produkter som de införskaffar skall vara av lika god kvalitet som de produkter som de tidigare har införskaffat och som samma varumärke var anbringat på. Anledningen för konsumenter att befinna sig i god tro avseende den högre kvalitén å produkterna beror således på att samma näringsidkare har makt att bestämma över kvalitén å produkterna vid det senare inköpstillfället som vid det förra tillfället och att produkterna vid det förra tillfället var av sådan högre kvalitet. Av denna anledning har även näringsidkaren skäl att befinna sig i ond tro avseende konsumenternas förväntningar rörande de ifrågavarande produkternas kvalitet.

Det ovan anförda kan dock problematiseras. En konsument befinner sig säkerligen inte alltid i god tro i de två avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som har presenterats ovan och en näringsidkare befinner sig säkerligen inte heller alltid i ond tro i dessa kontexter. Omständigheter i det enskilda fallet kan förändra hur det förhåller sig med den saken. I vissa fall kanske en näringsidkare (en tredje man) som använder ett tecken som är förväxlingsbart med en ensamrättsinnehavares varumärke befinner sig i god

tro avseende det faktum att denne använder ett tecken som är förväxlingsbart med en annan näringsidkares varumärke. Om så är fallet, ligger det även nära tillhands att anta att denne inte befinner sig i ond tro avseende konsumenters tro att produkten ifråga bär ensamrättsinnehavarens snarlika eller identiska varumärke och att produkten därför har sitt ursprung hos ensamrättsinnehavaren. Beträffande divergensen mellan produkters förväntade kvalité och deras faktiska kvalité kan omständigheterna i det enskilda fallet stundom måhända vara beskaffade på ett sätt som föranleder att konsumenterna befinner sig i ond tro beträffande produkternas lägre kvalité och inte tvärtom. Sådana omständigheter skulle exempelvis kunna utgöras av att de införskaffade produkterna betingade ett betydligt lägre inköpspris än vad de tidigare införskaffade produkterna betingade.

Oaktat det som nu har anförts är det dock uppenbart att den principiella uppfattningen om varumärkens funktion att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung innebär att konsumenter i mångahanda fall befinner sig i god tro i de avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som har behandlats ovan och att näringsidkarna i många fall befinner sig i ond tro i dessa avtalsrättsliga kontexter.

Den uppenbara frågan som följer ett sådant konstaterande som gjordes i stycket ovan, är vad detta har för betydelse. Vad har god- respektive ond tro i avtalsrelationer för betydelse? Framställningen ovan i kapitel 4 och i kapitel 5 har visat att det har all betydelse. Det är i många fall skillnaden mellan huruvida ett avtal har ingåtts och huruvida det inte har ingåtts, skillnaden mellan huruvida ett avtal kan ogiltigförklaras och huruvida det inte kan ogiltigförklaras, skillnaden mellan huruvida en avtalsprestation är att betrakta som felaktigt utförd och huruvida den är att betrakta som korrekt utförd, skillnaden mellan huruvida en viss påföljd kan göras gällande vid ett avtalsbrott och huruvida det inte kan göras gällande samt i flera fall avgörande för ifrå vilken tidpunkt en tidsfrist skall beräknas.

Mot bakgrund av ovanstående konstaterande följer frågan huruvida god- respektive ond tros betydelse kan ge konsumenter rättsliga anspråk på

avtalsrättslig grund i de två avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som behandlas i denna uppsats. För att besvara denna fråga ändamålsenligt kan det vara av värde att först generalisera de typfall i den lagstadgade svenska avtalsrätten och i förutsättningsläran i vilka god- respektive ond tro i en avtalsrelation tillmäts rättslig relevans.

Först och främst kan det typfall (typfall I) nämnas som består i att den avtalspart (avtalspart A) som befinner sig i ond tro om en omständighet medan den andra parten (avtalspart B) befinner sig i god tro om samma omständighet och avtalspart A befinner sig i ond tro om avtalspart B:s goda tro, måste aktivt agera på något vis för att inte bli bunden av avtalet under de premisser som avtalspart B trodde var för handen. Härfter kan nämnas det typfall (typfall II) som består av att avtalspart A:s onda tro i kombination med dennes framkallande av avtalspart B:s aktion att företaga en handling, leder till att avtalspart A måste agera aktivt för att inte bli bunden av avtalet under de premisser som avtalspart B:s företagna handling föranleder.

Vidare kan man tala om ett typfall (typfall III) som består av att god- respektive ond tro rörande en graverande omständighet vid avtalsslutet har betydelse för huruvida ett avtal kan ogiltigförklaras i det enskilda fallet eller inte. Man kan även härleda ett typfall (typfall IV) som består i att en avtalsprestation skall betraktas som felaktigt utförd om avtalspart B skulle använda avtalsobjektet för ett särskilt ändamål och detta särskilda ändamål inte uppfylls genom avtalet, avtalspart A var i ond tro avseende detta ändamål och avtalspart B hade rimlig anledning att lita på avtalspart A. Ett snarlikt typfall är ett typfall (typfall V) som består av att en avtalsprestation skall betraktas som felaktigt utförd om avtalspart B skulle använda avtalsobjektet för ett särskilt ändamål, detta särskilda ändamål inte uppfylls genom avtalspart A:s avtalsprestation och denne befann sig i ond tro avseende det särskilda ändamålet.

Ett annat typfall (typfall VI) består i att en avtalsprestation är att betrakta som felaktigt utförd om avtalsobjektet ifråga inte överensstämmer med uppgifter som avtalspart A har lämnat om avtalsobjektet, om avtalspart B

befinner sig i god tro avseende divergensen mellan avtalsobjektets faktiska egenskaper och de egenskaper som avtalsobjektet enligt de ifrågavarande uppgifterna skulle besitta och uppgifterna har inverkat på avtalspart B:s aktion att ingå avtalet ifråga.

Vidare kan det härledas ett typfall (typfall VII) som består av avtalspart A:s tystnad och onda tro avseende ett väsentligt förhållande i kombination med avtalspart B:s fog för att bli upplyst om förhållandet ifråga, föranleder att avtalspart A:s avtalsprestation är att betrakta som felaktigt utförd samt ett typfall (typfall VIII) som består i att ett avtal kan hävas om en avtalsförpliktelse inte uppfylls avtalsenligt, en avtalsenlig uppfyllelse i detta avseende var av väsentlig betydelse för den drabbade avtalsparten och den andra avtalsparten befann sig i ond tro avseende detta. Det kan även härledas ett typfall (typfall IX) som består i att en avtalspart har lidit skada på grund av att avtalsobjektet ifråga är felaktigt och den andra avtalsparten befann sig i ond tro om detta fel.

Ur förutsättningsläran kan vidare deduceras ett typfall (typfall X) som består av att ett avtal kan ogiltigförklaras helt eller delvis om en förutsättning för att ingå avtalet eller tillskriva det ett visst innehåll var väsentlig för avtalspart B, avtalspart A befann sig i ond tro avseende denna förutsättnings förhandenvaro och dess väsentlighet samt någon omständighet i övrigt förelåg i avtalsrelationen som talade mer för att avtalet skulle ogiltigförklaras helt eller delvis än för att det skulle upprätthållas oförändrat (exempelvis avtalspart B:s goda tro och avtalspart A:s onda tro).

Slutligen kan nämnas ett typfall (typfall XI) som består i att tidpunkten för inträdandet av ond tro beträffande en viss omständighet utgör den tidpunkt som avgör beräkningen av en tidsfrist inom vilken ett meddelande måste lämnas till den andra avtalsparten avseende omständigheten ifråga för att möjligheten att med framgång kunna återopa omständigheten inte skall gå förlorad.

De ovan beskrivna typfallen ådagalägger att god- respektive ond tro i avtalsrelationer tillmäts avgörande relevans för hur olika mellanhavanden parterna i en avtalsrelation emellan bedöms rättsligen. Mot denna bakgrund finns det all anledning att även tillmäta god- respektive ond tro relevans i de två avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som behandlas i denna uppsats. Till saken hör att dessa avtalsrättsliga kontexter och förekomsten av god tro hos konsumenterna och ond tro hos näringsidkarna angående de relevanta omständigheterna i respektive kontext, kan subsumeras under flertalet av de typfall som har schematiserats ovan (exempelvis typfall VII, typfall VIII och typfall X). Detta förhållande talar således för att konsumenternas goda tro respektive näringsidkarnas onda tro rörande de relevanta omständigheterna i de två avtalsrättsliga kontexterna, skall tillmätas rättslig relevans och göra det möjligt för den enskilde konsumenten att exempelvis få det ingångna avtalet ogiltigförklarat, få avtalet ifråga hävt eller åtnjuta någon form av ekonomisk kompensation.

Det ovan anförda talar således *för* att den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung i kombination med den betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk lagstadgad avtalsrätt och i förutsättningsläran, kan användas för att ge konsumenter rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund visavi näringsidkare i händelse av att de förväxlar ensamrättsinnehavares varumärken och andra näringsidkares tecken med varandra och i händelse av att kvalitén å de produkter som ensamrättsinnehavares varumärken anbringas på inte motsvarar den förväntade kvalitén.

Det är dock på sin plats att konstatera att de typfall som har beskrivits ovan, där god- respektive ond tro tillmäts betydelse på olika sätt, betingas av olika omständigheter som föranleder att god- respektive ond tro tillmäts relevans. Annorlunda uttryckt: en avtalsparts rättsliga anspråk beror inte *enbart* på dennes goda tro avseende en viss omständighet och den andra partens onda tro utan också på ytterligare omständigheter som i rättsreglerna kommer till

uttryck i olika rekvisit. Detta måste naturligtvis tas i beaktande vid ett sådant generaliserande av rättsregler som tillmäter god- och ond tro i avtalsrelationer rättslig relevans, som har företagits ovan. Det påverkar användbarheten av de typfall avseende god- och ond tro i avtalsrelationer, som har beskrivits ovan, i de två avtalsrättsliga kontexter rörande varumärken som behandlas i denna uppsats. Detta talar således *emot* att den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung i kombination med den betydelse som god- och ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk lagstadgad avtalsrätt och i förutsättningsläran, kan användas för att ge konsumenter rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund i de två avtalsrättsliga kontexterna. Att god- och ond tro i respektive typfall och i de rättsregler som bildar typfallen, är beroende av andra omständigheter för att ha omedelbar betydelse, försvagar dessa elements sprängkraft och försämrar således även möjligheten att använda dem i de två avtalsrättsliga kontexterna på ett fruktbart sätt. Samtidigt kan man konstatera att dessa subjektiva element förekommer i så mångahanda bestämmelser och av lagstiftaren och rättstillämparen tillmäts betydelse på så många olika nivåer, att de oaktat detta ger stöd för att den principiella uppfattningen att varumärken innehar funktionen att ange varors och tjänsters kommersiella ursprung i kombination med den betydelse som god- respektive ond tro i avtalsrelationer tillmäts inom svensk lagstadgad avtalsrätt och i förutsättningsläran, kan användas för att ge konsumenter rättsliga anspråk på avtalsrättslig grund visavi näringsidkare i händelse av att de förväxlar ensamrättsinnehavares varumärken och andra näringsidkares tecken med varandra och i händelse av att kvalitén å de produkter som ensamrättsinnehavares varumärken anbringas på inte motsvarar den förväntade kvalitén – de ger stöd för att det är något bortom bergen.

7 Käll- och litteraturförteckning

7.1 Källor

Europeiska Ekonomiska och Sociala Kommitténs yttrande: ”Opinion on the proposal for a first Council Directive to approximate the laws of the Member States relating to trade marks and the proposal for a Council Regulation on Community trade marks”, publicerad i *Europeiska Unionens Officiella Tidning* C 310, Vol. 24, 30 nov. 1981.

Europeiska Kommissionens förslag till direktiv och förordning: ”New trade-mark system for the Community: Proposed Directive and Regulation”, publicerad i *Bulletin of the European Communities Supplement* 5/80.

Europeiska Kommissionens memorandum: ”Memorandum on the creation of an EEC trade mark”, publicerad i *Bulletin of the European Communities Supplement* 8/76.

Europaparlamentets yttrande angående förslag till direktiv och till förordning, publicerad i *Europeiska Unionens Officiella Tidning* C 307, Vol. 26, 14 nov., 1983.

7.2 Litteratur

Ammar, Jamil, *Think Consumer: The Enforcement of the Trade Mark Quality Guarantee Revisited: a Legal and Economic Analysis*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2011.

Bøggild, Frank & Staunstrup, Kolja, *Community trade mark law*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Nederländerna, 2016.

Davis, Jennifer.: ”To Protect or Serve? European Trade Mark Law and the Decline of the Public Interest”. I: *European Intellectual Property Review*, Vol. 25, Nr. 4, april, 2004.

Fhima, Ilanah Simon, *Trade mark dilution in Europe and the United States*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Griffiths, Andrew: "A Law-and-Economics perspective on trade marks" I: *Trade marks and Brands. An Interdisciplinary Critique* (red.: Bentley, Lionel m.fl.), Cambridge, 2008.

Griffiths, Andrew, *An economic perspective on trade mark law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011.

Kasnetz, Zachary.: "Slanting Trademark Choices in the Right Direction: Why Section 2(a) of the Lanham Act Promotes the Interests of Consumers". I: *Missouri Law Review*, Vol. 82, Nr. 1, vinter, 2017.

Kleineman, Jan: "Rättsdogmatisk metod". I: *Juridisk metodlära* (red.: Korling, & Zamboni), Lund, 2013.

Landes, William M. & Posner, Richard A.: "Trademark Law: An Economic Perspective". I: *The Journal of Law & Economics*, Vol. 30, Nr. 2, okt., 1987.

Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran: allmänna betingelser för möjligheten att frånträda rättshandlingar på grund av okända eller oförutsedda omständigheter*, Iustus, Uppsala, 1989.

Ohly, Ansgar: "TRIPS and Consumer Protection". I: *TRIPS plus 20: from trade rules to market principles* (red.: Ullrich m.fl.), Springer, Heidelberg, 2016.

Tarawneh, Jasem, *Trade Marks in the Modern World: Drawing the Fine*, The University of Manchester, Manchester, 2009.

Ussing, Henry, *Bristende Forudsætninger: bidrag til læren om formueretlige tilsagn*, Gad, Köpenhamn, 1918.

7.3 Lagkommentarer

Karnov internet, varumärkeslag (2010:1877) 6 kap. 4 §, not 405, 2018-01-02.

8 Rättsfallsförteckning

8.1 Unionsrättsliga rättsfall

C-102/77 *Hoffman-La Roche*, EU:C:1978:108.

C-1/81 *Pfizer*, EU:C:1981:291.

C-427/93, C-429/93 och C-436/93 *Bristol-Myers Squibb*, EU:C:1996:282.

C-108-109/97 *Windsurfing Chiemsee*, EU:C:1999:230.

C-342/97 *Lloyd Schuhfabrik Meyer*, EU:C:1999:323.

C-383/99 P *Protector & Gamble*, EU:C:2001:461.

C-517/99 *Merz & Krell*, EU:C:2001:510.

C-206/01 *Matthew Reed vs Arsenal*, EU:C:2002:651.

C-48/05 *Opel*, EU:C:2007:55.

C-17/06 *Céline*, EU:C:2007:497.

C-487/07 *L'Oréal*, EU:C:2009:378.

C-59/08 *Copad*, EU:C:2009:260.

8.2 Svenska rättsfall

NJA 1958 s. 282.

NJA 1981 s. 269.

NJA 1984 s. 280.

NJA 1985 s. 178.