



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Sara Bergström

Varumärkesintrång och yttrandefrihet

Om ideella organisationers möjlighet att använda kända varumärken
i konst, kritik och varumärkesparodier

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Ulrika Wennersten

Termin för examen: Period 1 HT2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	4
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	9
1.4 Metod och material	11
1.5 Forskningsläge	15
1.6 Terminologi	16
1.7 Disposition	19
2 OM VARUMÄRKESPARODI	20
2.1 Inledning	20
2.2 En förvrängning med olika avsikter	20
3 OM TVÅ GRUNDLÄGGANDE RÄTTIGHETER	25
3.1 Inledning	25
3.2 Om yttrandefriheten	25
3.3 Om äganderätten	29
3.4 Om avvägningen	31
4 OM SYFTET MED ANSEENDESKYDDET	35
4.1 Inledning	35
4.2 Om intresset att använda (kända) varumärken	35
4.3 Om tre funktioner	37
4.4 Om ett investeringsskydd	39

5	OM VARUMÄRKESINTRÅNG	43
5.1	Inledning	43
5.2	Ett identiskt eller liknande varumärke	44
5.3	Användning i näringsverksamhet för varor eller tjänster	46
5.3.1	”Användning”	46
5.3.2	”Inte sker privat utan i samband med en affärsverksamhet som syftar till att ge ekonomisk vinst”	47
5.3.3	”För varor eller tjänster”	50
5.4	Otillbörlig fördel eller skada	53
5.5	Skälig anledning mot bakgrund av skäl 27	56
6	SAMMANFATTANDE ANALYS	62
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	66
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	73

Summary

Trademarks are an important communication tool for the trademark owner. However, the trademark owner is not the only one who may wish to use the trademark to convey different types of messages. Occasionally, *non-profit organizations* use the trademarks of well-known companies and create *trademark parodies* and use them in *critical campaigns* or *art*. The purpose is often to effectively draw peoples' attention to the negative aspects of the trademark owner. In the case of such trademark use, a not entirely unexpected reaction on the part of the trademark owners is for them to claim *trademark infringement* under trademark law. The third-party often defend their use by referring to their right to *freedom of expression*. A conflict arises because of the exclusive right held by the trademark owner to prevent third parties from using the trademark, a right which is linked to the *right to property*.

The purpose of this graduate thesis has been to examine whether third party trademark use of another's well-known or reputed trademark in art, criticism and trademark parodies may constitute trademark infringement under the provision of the Swedish Trademark Act corresponding with article 10(2)(c) in the European Trademark Directive. The trademark infringement criteria have been examined in the light of the provisions of protection of freedom of expression and right to property. Additionally, the thesis discusses the term *trademark parody*.

Based on studies of legislation, case law developed by the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights, as well as doctrine, this thesis states that non-profit organizations can be considered to commit trademark infringement when using someone else's well-known or reputed trademark in art, criticism, and trademark parodies. For the use of third parties to constitute infringement, it is required that the trademark be used *in the course of trade in relation to goods or services*. The requirements for fulfilling that provision are, however, low and the provision does not consider the so-called *mixed expressions*.

However, the infringement provision protecting trademarks with reputation contains a *due cause*-defence which, in the light of recital 27 in the European Trademark Directive, could provide the argument that such trademark use by a third party, due to freedom of expression, may have to be tolerated by the trademark owner. Although recital 27 allows for a balance to be struck in the conflict described in this thesis, one may also question whether it would not be more

appropriate to introduce a specific limitation provision in the European Trade-marks Directive that would allow third parties to use another's trademark in art, criticism, or trademark parody.

Sammanfattning

Varumärken utgör en viktig kommunikationskanal för varumärkesinnehavaren. Det finns dock fler än varumärkesinnehavaren som vill kunna använda varumärket för att kunna förmedla olika typer av budskap, bl.a. ideella organisationer. Det händer att ideella organisationer använder kända företags varumärken och skapar *varumärkesparodier* och använder det i *kritiska kampanjer* eller *konstverk*. Syftet är ofta att på ett effektivt sätt rikta uppmärksamheten till negativa aspekter hos varumärkesinnehavaren. En inte helt oväntad reaktion från varumärkesinnehavarnas sida vid sådan varumärkesanvändning är att använda sig av sin *varumärkesrättsliga ensamrätt*. Tredje mans försvarsargument blir ofta att åberopa dennes rätt till *yttrandefrihet*. En konflikt uppstår eftersom ensamrätten som varumärkesinnehavaren innehar är den exklusiva rätten att förhindra tredje man från att använda varumärket, en rätt som också är kopplad till *äganderätten*.

I examensarbetet utreds, genom att granska intrångskriterierna i anseendeskyddet i 1 kap. 10 § 1 st. 3 p. VML och artikel 10(2)(c) varumärkesdirektivet mot bakgrund av skyddet för yttrandefrihet och äganderätten, förutsättningarna och gränserna för tredje mans varumärkesanvändning av annans kända varumärke i konst, kritik och varumärkesparodier, och om sådan användning kan göra intrång i varumärkesrättslig mening. Dessutom problematiseras begreppet *varumärkesparodi*.

Utifrån studier av lagstiftning, praxis som utvecklats av EUD och Europadomstolen, samt doktrin konstaterar examensarbetet att ideella organisationer kan anses begå varumärkesintrång vid användning av annans varumärke i konst, kritik och varumärkesparodier. För att tredje mans användning ska utgöra intrång, krävs dock att varumärket *används i näringsverksamhet för varor eller tjänster*. Kraven för att uppfylla det rekvisitet är emellertid lågt ställda och intrångsrekvisiten tar inte hänsyn till s.k. *blandade yttranden*.

Anseendeskyddet innehåller dock en säkerhetsventil som, mot bakgrund av skäl 27 i varumärkesdirektivet, öppnar upp för argument om att sådan tredje mans varumärkesanvändning kan vara *skälig* p.g.a. yttrandefriheten, och därmed få tålas av varumärkesinnehavaren. Även om skäl 27 öppnar upp för att en avvägning ska göras i den beskrivna konflikten kan det ifrågasättas om det inte vore mer lämpligt att införa en uttrycklig inskränkingsbestämmelse i varumärkesdirektivet som tillåter tredje mans användning av annans varumärke i konst, kritik eller varumärkesparodi.

Förord

Till min handledare Ulrika, som varit ett enormt stöd under det här examensarbetet. Stort tack för all din uppmuntran, dina kommentarer och alla trevliga och givande handledningsmöten över Zoom.

Till Sydsåkanska Nationen, som förgyllde min studietid och som gett mig värdefulla erfarenheter och underbara vänner. Stort tack för förtroendet som Övermarskalk för Knävlingagilletts 50 årsjubileum och för året som ProQuator Ekonomi.

Till de underbara människor som jag mött genom Lunds studentliv och juristprogrammet, och som kommit att bli några av mina närmaste vänner. Tack för alla härliga minnen.

Till mina Erasmus-vänner Mario, Sarah och Saskia. Tack för att ni trots pandemi och "lockdown" i Storbritannien lyckades göra utbytet vid University of Sheffield och våren 2020 till en av de bästa terminerna i mitt liv.

Till min älskade familj. Tack mamma, pappa, Ebba och Maja för att ni är mina största supportrar, som alltid stöttar och inspirerar mig.

Till min älskade Marcus. Du är och förblir min klippa genom allt jag tar mig an. Det finns inte ord för hur mycket du betyder för mig och hur mycket jag älskar dig.

Sara Bergström
Lund, januari 2021

Förkortningar

BGH	Bundesgerichtshof (Tyska federala domstolen)
EKMR/konventionen	Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen
EUD	Europeiska unionens domstol
EUIPO	European Union Intellectual Property Office; Tidigare OHIM
Europadomstolen	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördraget om Europeiska unionens funktionsfördrag
HD	Högsta domstolen
GA	Generaladvokaten
Infosocdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället
MPI	Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avd. I
NSG	A Non-Smoking Generation
Pariskonventionen	Pariskonventionen för industriellt rättsskydd (1883)
Prop.	Regeringens proposition
RF	Regeringsformen (1974:152)
SAOB	Svenska Akademiens ordbok
SOU	Statens offentliga utredningar
TRIPS-avtalet	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights including Trade in Counterfeit Goods
Varumärkesdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2436 av den 16 december 2015 för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning (omarbetning)
Varumärkesförordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken (kodifiering)

VML

Varumärkeslag (2010:1877)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det händer att företag med kända varumärken utsätts för kritik, i form av *varumärkesparodier* eller att tredje man använder varumärket i *kritiska kampanjer* eller *konstverk*. Syftet är ofta att rikta uppmärksamheten till negativa aspekter hos varumärkesinnehavaren, exempelvis bristande socialt ansvar eller miljöarbete.¹ Tredje man kan vara en konkurrerande näringsidkare, enskild person eller ideell organisation, exempelvis *A Non-Smoking Generation (NSG)* eller *Greenpeace*.²

Sådan *symbolisk användning* av kända varumärken kan vara mer eller mindre underhållande för den gemene betraktaren, men för varumärkesinnehavaren kan det upplevas som stötande. Exempelvis skulle Coca-Cola knappast själva trycka upp ”*Enjoy Cocaine*” på sina läskburkar eftersom det skulle kunna skada varumärket.³ En slagkraftig varumärkesparodi av tredje man kan troligtvis påverka hur konsumenterna upplever varumärket, och i längden även inverka negativt på varumärkesinnehavarens möjlighet att behålla sin kundkrets.⁴

En inte helt ovanlig (eller oväntad) reaktion från varumärkesinnehavarnas sida vid varumärkesparodier eller symbolisk varumärkesanvändning har varit att använda sig av sin *varumärkesrättsliga ensamrätt*. Genom att hävda att tredje man begår *varumärkesintrång* när denne använder innehavarens varumärke, kan varumärkesinnehavaren följaktligen förhindra kritik av varumärket och dess produkter. Tredje mans försvarsargument blir ofta att åberopa rätten till *yttrandefrihet*.⁵ Yttrandefriheten är en grundläggande rättighet som bl.a. skyddas i artikel 10 i *Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna*

¹ Geiger (2007) s. 317–19; Machado Pontes (2015) s. 2; Geiger och Izyumenko (2020) s. 573; jfr. det nederländska målet *Nadia Plesner mot Louis Vuitton*, Rechtsbank’s-Gravenhage beslut den 4 maj 2011 i mål nr 389526 / KG ZA 11–294.

² NSG, *Welcome to Marlboro country*, <https://nonsmoking.se/kampanj/welcome-to-marlboro-country/>, hämtad den 21 september 2020; @gretathunberg, *Preem eller Parisantalet?* Instagram, publicerad den 6 september 2020, <https://www.instagram.com/p/CEzcC2qpMZB/>, hämtad den 13 oktober 2020.

³ Machado Pontes (2015), s. 2–3; Etsy, Bitdeck, *Enjoy Cocaine Classic T-Shirt – Men/Unisex*, www.etsy.com/se-en/listing/792415070/enjoy-cocaine-classic-t-shirt-menunisex?ga_order=most_relevant&ga_search_type=all&ga_view_type=gallery&ga_search_query=enjoy+cocaine&ref=sr_gallery-1-1&col=1, hämtad den 27 oktober 2020.

⁴ Senftleben (2013), s. 155; Machado Pontes (2015), s. 3; Friedmann (2015), s. 206–207.

⁵ Geiger (2007), s. 317–19.

(EKMR eller konventionen) och artikel 11 i *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna* (EU-stadgan).

En konflikt uppstår eftersom ensamrätten som varumärkesinnehavaren innehar är den exklusiva rätten att *förbindra* tredje man från att använda varumärket.⁶ Denna rätt är dessutom kopplad till *ägenderätten*, en grundläggande rättighet vilken skyddas enligt artikel 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR och artikel 17 EU-stadgan.

Åsikterna går isär om hur svårhanterlig den här konflikten är.⁷ Det har bl.a. framförts att debatten kring yttrandefrihet och varumärkesrätt i förhållande till varumärkesparodier är överdriven och att författare som diskuterar ämnet ofta bortser från att varumärket inte används *som ett varumärke* i varumärkesrättslig mening. Det har också diskuterats i europeisk doktrin om huruvida tredje mans varumärkesanvändning i *humoristiskt eller kritiskt* syfte, d.v.s. inom ramen för yttrandefriheten, kan utgöra en *inskränkning* i ensamrätten.⁸

I skäl 27 i 2015 års varumärkesdirektiv⁹ framgår att direktivet – och därmed den svenska varumärkeslagen (2010:1877)¹⁰ – bör tillämpas ”på ett sätt som säkerställer full respekt för grundläggande fri- och rättigheter, särskilt yttrandefriheten.” Är det därmed självklart att yttrandefriheten alltid ska trumfa över ägenderätten? Denna är trots allt också en grundläggande rättighet. Kan inte tredje mans symboliska varumärkesanvändning tekniskt sett begå intrång i varumärkesrätten? Detta är frågor som utreds i examensarbetet.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med examensarbetet är att utreda förutsättningarna och gränserna för tredje mans *varumärkesanvändning* av annans kända varumärke i konst, kritik och varumärkesparodier, och om sådan användning kan göra intrång i varumärkesrättslig mening. Det handlar således om att försöka precisera vad *ensamrätten till*

⁶ 1 kap. 10 § VML; artikel 10 varumärkesdirektivet; artikel 9 varumärkesförordningen; artikel 6^{bis} Pariskonventionen; artikel 16 TRIPS-avtalet.

⁷ Se å ena sidan Bohaczewski (2020), s. 875; Fhima (2013), s. 319; se å andra sidan Sakulin (2011), s. 293–98; Ricolfi (2015), s. 489–90; Senftleben (2015), s. 375–76.

⁸ Bohaczewski (2020), s. 857–58.

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv (EU) 2015/2436 av den 16 december 2015 för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning (omarbetning); motsvarande bestämmelser finns i Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2017/1001 av den 14 juni 2017 om EU-varumärken (kodifiering), vidare varumärkesförordningen.

¹⁰ Vidare VML.

ett känt varumärke innebär rättsligt i relation till yttrandefriheten. Frågeställningarna är således följande:

- 1) Vad är en varumärkesparodi?
- 2) Vad omfattas av yttrandefriheten och äganderätten och hur avvägs dessa grundläggande rättigheter mot varandra?
- 3) Kan ideella organisationer¹¹ som använder annans varumärke i konst, kritik eller varumärkesparodi uppfylla intrångsrekvisiten i 1 kap. 10 § 1 st. 3 p. VML och begå intrång i det utökade skyddet?
- 4) Om ovanstående användning utgör intrång, kan yttrandefriheten anses utgöra en inskränkning i varumärkesrätten?

1.3 Avgränsningar

Till följd av examensarbetets syfte samt ordbegränsning har följande avgränsningar gjorts.

När examensarbetet talar om *varumärken* förutsätts att dessa är korrekt registrerade eller inarbetade och uppfyller de krav som ställs på ett känt varumärke. Hur varumärkesskyddet uppstår, utreds däremot inte i examensarbetet.¹² Frågan är dock av intresse eftersom konflikten mellan varumärkesrätten och yttrandefriheten även kan framträda här.¹³ Exempelvis om sökanden vill registrera ett tecken som varumärke men ansökan avslås för att tecknet strider mot allmän ordning eller moral.¹⁴ Sökanden kan då överklaga den avslagna ansökan och hävda att p.g.a. sin kommersiella yttrandefrihet borde sökande få använda tecknet som varumärke.¹⁵

I examensarbetet berörs endast konflikten mellan äganderätten och yttrandefriheten. Ensamtätens omfattning kan dock kollidera med andra grundläggande rättigheter, exempelvis näringsfriheten.¹⁶ Examensarbetet har inte varit inriktad

¹¹ Exempelvis *Greenpeace*, *Republikanska föreningen* m.fl.; dvs. tredje man som inte är direkta konkurrenter till varumärkesinnehavaren.

¹² För redogörelse om registreringsförfarandet med laghänvisningar se Levin och Hellstadius (2019) s. 390–93, 398–400 och 409–20.

¹³ För introduktion till ämnet se bl.a. Fhima (2013), s. 298–302; se kapitel 17 i Wennersten (2014); Geiger och Izyumenko (2020), s. 577–85.

¹⁴ 2 kap. 7 § 1 p. VML; artikel 4(1)(f) varumärkesdirektivet.

¹⁵ Geiger och Izyumenko (2020), s. 577.

¹⁶ Artikel 16 EU-stadgan.

på kommersiell yttrandefrihet och varumärkesanvändning i kommersiell verksamhet, och konkurrensrättsliga frågor utgår därmed. Marknadsföringslagen (2008:486) berörs inte heller i arbetet.

Examensarbetet har inte utrett om det bör införas en uttrycklig inskränkingsbestämmelse för parodier, konst och kritik i varumärkesrätten, likt det som finns i det upphovsrättsliga infosocdirektivet.¹⁷

Skyddsomfånget för varumärket och därmed bedömningen om tredje mans varumärkesanvändning är tillåten eller inte avgörs först och främst utifrån 1 kap. 10 § VML. Det finns ytterligare inskränkningar i 10 kap. 11–12 §§,¹⁸ men dessa berörs inte i examensarbetet.

I examensarbetet antas att det framförallt är *kända varumärken*¹⁹ som riskerar att utsättas för varumärkesparodier då det är främst den typen av varumärken som kritiseras. Eftersom kända varumärken kan erhålla ett *utökat skydd* har examensarbetet fokus på bestämmelsen i 1 kap. 10 § 1 st. 3 p. VML,²⁰ och följaktligen behandlas inte 1 kap. 10 § 1 st. 1–2 p. VML.²¹ 1 kap. 10 § 1 st. 3 p. VML uppställer inte något krav på varuslagslikhet, vilket utgör ett mer förmånligt skydd för varumärkesinnehavaren.

Inom varumärkesrättslig praxis och doktrin motiveras varumärkesskyddet allmänt utifrån *varumärkesfunktioner*²² och bl.a. Nordell har identifierat ett flertal olika varumärkesfunktioner.²³ Europeiska unionens domstol (EUD) har dock endast erkänt *ursprungsangivelse-, garanti-, kvalitets-, reklam-, investerings- och kommunikationsfunktionerna* som varumärkesrättsligt skyddsvärda.²⁴ Ursprungs- garanti- och särskiljningsfunktionerna fokuserar på relationen mellan varumärket och innehavarens varor eller tjänster, medan reklam-, investerings- och kommunikations-

¹⁷ Artikel 5(3)(k) i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informations-samhället.

¹⁸ Genom 1 kap. 11–12 §§ VML genomförs artikel 14–15 varumärkesdirektivet. För vidare läsning om 11–12 §§ se kapitel 4–5 i Arnerstål (2018).

¹⁹ Se avsnitt 1.6.

²⁰ Artikel 10(2)(c) varumärkesdirektivet.

²¹ Artikel 10(2)(a) och 10(2)(b) varumärkesdirektivet; jfr. dock fotnot 60 i Senfleben (2013), s. 155; Kur och Senfleben (2017), s. 429.

²² C-206/01 (Arsenal); C-487/07 (L'Oréal/Bellure); C-323/09 (Interflora); Levin och Hellstadius (2019), s. 421; Wennersten,(2014), s. 267; Sakulin(2011), s. 42.

²³ Nordell (2004), s. 72–106.

²⁴ C-206/01 (Arsenal), p. 42; C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 58; C-236-238/08 (Google), p. 77; jfr. Nordell (2010), s. 265, 267 och 274.

funktionen fokuserar på varumärkesfunktioner som är mer eller mindre fristående från varorna och tjänsterna, dvs. varumärkets *egenvärde*.²⁵ Det framgår av praxis²⁶ och doktrin att tredje mans varumärkesanvändning måste skada eller riskera att skada någon av varumärkets *funktioner* för att användningen ska anses göra intrång i det grundläggande skyddet.²⁷ I det *utökade skyddet* har dock varumärkesfunktionerna inte mer än indirekt betydelse för intrångsbedömningen.²⁸ Eftersom examensarbetet syftar till att utreda det utökade skyddet för kända varumärken kommer endast *reklam-, investerings- och kommunikationsfunktionen* beröras kort.²⁹

1.4 Metod och material

Examensarbetet är i grunden baserad på *rättsdogmatisk metod* eftersom syftet är att beskriva och systematisera gällande rätt utifrån rättskällorna, och genomföra en kritisk analys av rättsläget.³⁰ Med *rättskällor* avses lagtext, lagförarbeten, prejudikat och doktrin.³¹ Även *EU-rättslig metod* har tillämpats eftersom examensarbetet studerat den EU-harmoniserade varumärkesbestämmelsen om ensamrättens omfattning i 1 kap. 10 § 1 st. 3 p. VML,³² samt artiklar i EU-stadgan och EKMR som reglerar yttrandefrihetsrätten och äganderätten. En konsekvens av den EU-rättsliga metoden är att förarbeten³³ har en mer deskriptiv än normativ funktion³⁴ och därmed mindre tyngd som tolkningsunderlag av lagtext.³⁵ Istället utgör praxis från EUD och Europadomstolen en central rättskälla för att tolka såväl

²⁵ Wessman m.fl., (2019), s. 42–43; SOU 2001:26, s. 149.

²⁶ C-206/01 (Arsenal), p. 51; C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 58; C-236–238/08 (Google), p. 77; NJA 2014 s. 580 (Layher), p. 13–21 (särskilt 20).

²⁷ Nordell (2010), s. 265; jfr. även Wennersten (2014), s. 267–68.

²⁸ Arnerstål (2018), s. 110 och 126.

²⁹ Se avsnitt 4.3; För vidare diskussion om varumärkesfunktionerna se Arnerstål (2018), s. 65–96; Walther och Malmberg (2015), s. 62–75; Nordell (2010), s. 264–75.

³⁰ Sandgren (2018), s. 49–50 och 52; Kleineman (2018), s. 21–24.

³¹ Sandgren (2018), s. 45–46.

³² Genom 1 kap. 10 § VML införlivas artikel 10 varumärkesdirektivet i svensk rätt och VML ska därmed tolkas mot bakgrund av varumärkesdirektivet; observera att likalydande bestämmelser finns i varumärkesförordningen; prop. 2017/18:267, s. 139; sedan januari 2019 gäller 2015 års varumärkesdirektivet i svenska VML.

³³ Förarbeten till genomförandet av 2008 års varumärkesdirektiv: SOU 2001:26 och prop. 2009/10:225; förarbeten till genomförandet av 2015 års varumärkesdirektiv: SOU 2016:79 och prop. 2017/18:267. I examensarbetet hänvisas främst till förarbetena som låg till grund för implementeringen av 2008 års varumärkesdirektiv i svenska VML.

³⁴ Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 40 och 113; Reichel och Åhman (2020), s. 53–54.

³⁵ Åhman (2019), s. 21–22.

bestämmelser om grundläggande rättigheter³⁶ som varumärkesrättsliga bestämmelser.³⁷ Utgångspunkten för arbetet har således varit lagstiftning och den rättspraxis som utvecklats av EUD och Europadomstolen, samt den på området aktuella doktrin för att utreda omfattningen av skyddet för ensamrätten, yttrandefriheten, äganderätten och dess förhållande till varandra. Den praxis som nämns i examensarbetet nämns även i den doktrin som har varit relevant för arbetets frågeställningar.

Artikel 10(2) varumärkesdirektivet anger en yttre ram för ensamrätten som medlemsstaterna får tillerkänna registrerade varumärken och innebär därmed en fullständig harmonisering och definition av varumärkesinnehavarens ensamrätt.³⁸ Även om artikel 10 varumärkesdirektivet genomförts i svensk lag genom 1 kap. 10 § VML, bör tolkningen av regeln styras av de rättskällor som har auktoritativ ställning inom EU-rätten, vilket är EUD:s praxis och allmänna rättsprinciper.³⁹ EUD:s utgångspunkt är att vid tolkning av en unionsrättslig bestämmelse ska man beakta dess lydelse, dess sammanhang och de syften som bestämmelsen eftersträvar.⁴⁰ För att allmänt förstå bakgrunden och omfattningen av ensamrätten till kända varumärken har *Kur* och *Senfilebens* kommentar till 2015 års varumärkesdirektiv tillsammans med *Arnerståls*, *Levins och Hellstadius* och *Bernitz m.fl.* böcker, med hänvisningar och analyser av EUD:s praxis, använts.

Yttrandefriheten och äganderätten är två *grundläggande rättigheter*, vilka regleras i globala,⁴¹ regionala⁴² och nationella instrument.⁴³ I examensarbetet hänvisas dock endast till EKMR⁴⁴ och EU-stadgan.⁴⁵ Medlemsstaternas domstolar är skyldiga

³⁶ Ibid., s. 21–23.

³⁷ Levin och Hellstadius (2019), s. 65–66.

³⁸ Prop. 2009/10:225, s. 116; Arnerstål (2018), s. 31.

³⁹ Reichel (2018), s. 125.

⁴⁰ Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 159.

⁴¹ Yttrandefriheten: artikel 19 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna; artikel 19 i Internationella konvention om medborgerliga och politiska rättigheter; äganderätten: artikel 17 i FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna.

⁴² Yttrandefriheten: artikel 10 i EKMR och artikel 11 i EU-stadgan, jfr. artikel 52(3) EU-stadgan där det framgår att bestämmelsen i EU-stadgan anses ha samma innebörd och räckvidd som bestämmelsen i EKMR; äganderätten: artikel 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR, artikel 17 EU-stadgan.

⁴³ Yttrandefriheten: i 2 kap. 1 § 1–2 p. (jfr. 2 kap. 20, 23, 25 §§) regeringsformen (1974:152) (RF) regleras yttrandefriheten allmänt. Utöver RF regleras yttrande- och tryckfriheten i tryckfrihetsförordning (1949:105) och yttrandefrihetsgrundlagen (1991:1469); äganderätten: i 2 kap. 15 § RF regleras äganderätten allmänt men det nämns inget specifikt om skyddet för varumärkesrätten.

⁴⁴ Sedan 1995 gäller EKMR som svensk lag och är tillämplig på hela den svenska rättsordningen; lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna; jfr. Reichel och Åhman(2020), s. 15 och 21.

⁴⁵ Sedan 2009 är EU (och Sverige) bunden av EU-stadgan.

att iaktta EU-stadgans krav när man tillämpar EU-rätt eller nationell lag som bygger på EU-direktiv (vilket VML gör).⁴⁶ Enligt EU-stadgan ska skyddsnivån enligt EKMR alltid beaktas och EU-stadgan får inte tolkas så att den inskränker skyddsnivån enligt EKMR. EU-stadgan får dock tillförsäkra ett högre skydd än EKMR.⁴⁷ Konventionen gäller dessutom indirekt inom EU såsom uttryck för en allmän rättsprincip som ska iakttas inom EU-rätten.⁴⁸ EKMR innehåller en minimistandard för det rättighetskydd som en medlemsstat ska garantera dem som befinner sig på dess territorium.⁴⁹ Svenska domstolar kan direkt tillämpa både EKMR och Europadomstolens praxis i sin normprövning.⁵⁰ EU-stadgan tolkas dock i sista hand av EUD, och EKMR tolkas av Europadomstolen.⁵¹

Vid tolkning av rättsregler som avser *grundläggande rättigheter*, såsom yttrandefriheten och äganderätten, är utgångspunkten lagtext, vilken i första hand ska tolkas i enlighet med sin ordalydelse. Lagtexten är dock till sin natur vagt formulerad. Kan man inte utifrån en objektiv lagtexttolkning utläsa hur en rättighet ska tolkas, kan en rättighets objektiva ändamål (teleologisk tolkning), genom att läsa lagtexten i sitt sammanhang (systematisk tolkning) eller tillämpa allmänna tolkningsprinciper vara behjälpliga. Domstolspraxis fyller som nämnts en viktig funktion.⁵² *Danelius* bok har utgjort grunden för redogörelsen av yttrandefriheten och äganderätten samt för den praxis som examensarbetet hänvisar till,⁵³ även om det i kapitel 3 förekommer hänvisningar till annan doktrin. Enligt *Åhman* bör rättighetsregleringar tolkas till individens fördel och begränsningsregler tolkas snävt. Utgångspunkten för tolkningen är emellertid att regler inte bör tillämpas så att det uppstår konflikter mellan dem. Om konflikten inte kan undvikas ska den hierarkiskt högre normen ges företräde.⁵⁴

Vid tolkning av ensamrättens omfattning och dess förhållande till yttrandefriheten bör även ingressen till varumärkesdirektivet, där direktivets syften preciseras i kortfattade icke-bindande *skäl*, beaktas.⁵⁵ Det skäl som varit mest relevant för examensarbetet är skäl 27. I svenska förarbeten nämndes inget om hur skäl

⁴⁶ Artikel 51 EU-stadgan; artikel 6(1) FEU; Åhman (2019), s. 62; Bernitz och Kjellgren (2018), s. 150.

⁴⁷ Artikel 6(3) FEU, artikel 52(3) och 53 i EU-stadgan.

⁴⁸ Bernitz och Kjellgren (2018), s. 157.

⁴⁹ Reichel och Åhman (2020), s. 6.

⁵⁰ Bernitz och Kjellgren (2018), s. 178.

⁵¹ *Ibid.*, s. 158.

⁵² Åhman (2019), s. 21 och 88–89.

⁵³ Se kapitel 13 respektive 18 i Danelius (2015).

⁵⁴ Åhman (2019) s. 21.

⁵⁵ Bernitz och Kjellgren (2018), s. 198–99.

27 kommer att påverka svensk praxisutveckling,⁵⁶ vilket inte är överraskande med tanke på att varumärkesrätten ytterst uttolkas av EUD. I brist på praxis från EUD som rör intrång vid varumärkesparodier, konst och kritik har doktrin använts för att resonera kring potentiella konsekvenser av skäl 27. EUD har dock hänvisat till skälet i ett mål från februari 2020 som rörde *registrering* av varumärke.⁵⁷

Det saknas ännu *praxis* från EUD, Europadomstolen och svenska domstolar om det är tillåtet att använda annans varumärke i politiska eller konstnärliga yttranden.⁵⁸ Varumärkesrätten i förhållande till yttrandefriheten diskuteras i doktrinen och även i europeisk nationell praxis. Med hänsyn till varumärkesrättens EU-rättsliga harmonisering kan rättsutvecklingen i andra europeiska nationella domstolar utgöra ett värdefullt tolkningsunderlag⁵⁹ och därför förekommer det hänvisningar till ett antal nationella avgöranden från andra europeiska länder. Det finns två orsaker till detta. Svensk praxis där en ideell organisation stämts för varumärkesintrång vid varumärkesparodi, konst eller kritiska kampanjer har inte hittats. I Frankrike, Nederländerna, Tyskland och Österrike har man dock vid ett antal tillfällen prövat frågan om varumärkesparodier mot bakgrund av anseendeskyddet i varumärkesdirektivet. Till följd av språkbarriärer har jag inte läst de ursprungliga avgörandena, utan har tagit del av dem via sekundärkällor.

Med anledning av bristen på praxis har *juridisk doktrin*, såväl nationell som internationell, fått utgöra en central källa för att examensarbetet ska få en nyanserad diskussion av den varumärkesrättsliga ensamrättens omfattning och dess förhållande till yttrandefriheten. Doktrin är dock endast *vägledande* och inte rättsligt bindande.⁶⁰ *Sakulins* avhandling, vilken utkom 2011 och därmed innan skäl 27 infördes, har utgjort en central källa eftersom *Sakulin* analyserar konflikten mellan skyddet för den europeiska varumärkesrätten respektive yttrandefriheten vid tredje mans varumärkesanvändning.⁶¹

En stor del av doktrinen kring varumärkesparodier är skriven på engelska. Det var en utmaning att hitta aktuell doktrin, d.v.s. som inte är äldre än ca. 10 år, på svenska som berörde varumärkesparodier. I kapitel 2 förekommer även hänvisningar till ordböcker och uppslagsverk.

⁵⁶ SOU 2016:79; prop. 2017/18:267.

⁵⁷ C-240/18 P (Constantin mot EUIPO); se avsnitt 3.4.

⁵⁸ Kur och Senftleben (2017), s. 365.

⁵⁹ Wessman m.fl. (2019), s. 17.

⁶⁰ Hettne och Otken Eriksson (2011), s. 40.

⁶¹ Sakulin (2011), s. 1.

1.5 Forskningsläge

Frågor om varumärkesparodier, symbolisk varumärkesanvändning och varumärkesrättens förhållande till yttrandefriheten är i sig inte ny utan har diskuterats i EU-rättslig och internationell doktrin och praxis länge, och är fortfarande högst aktuell. På EUIPO:s *IP Case Law Conference* den 15–16 oktober 2020 diskuterades bl.a. yttrandefriheten i förhållande till varumärkesrätten och varumärkesparodier.⁶²

I svensk doktrin konstateras relativt omgående att opinionsbildande varumärkesanvändning i regel faller utanför ensamrätten.⁶³ Gränsdragningen mellan yttrandefrihet och möjligheten att angripa reklamåtgärder dras ofta utifrån om användningen sker i näringsverksamhet.⁶⁴ *Wessman* och *Nordell* berör problematiken kring varumärkesparodier kortfattat i sina respektive böcker från 2002⁶⁵ och 2004.⁶⁶ Även *Levin* har skrivit en artikel om varumärkesparodier, dock är den från 1992.⁶⁷ Ett gemensamt problem med dessa framställningar är att de inte utreder begreppet varumärkesparodi på djupet. Jag har endast hittat ett juridiskt examensarbete från 2002 som berört varumärkesparodier i svensk rätt.⁶⁸ Det finns även examensarbeten som utreder om det bör införas en inskränkingsbestämmelse för parodier, konst och kritik i varumärkesdirektivet.⁶⁹

I internationell doktrin har man tagit sig an problematiken på olika sätt. Somliga har valt att enbart studera de varumärkesrättsliga intrångskriterierna,⁷⁰ medan andra gjort kritiska granskningar av intrångskriterierna mot bakgrund av yttrandefriheten.⁷¹ Problemet kan även allmänt diskuteras utifrån yttrandefriheten och äganderätten.⁷²

⁶² ”IP Case Law Conference 2020 - konferensprogram”, s. 3; se även EUIPO; Martin, ”Limits of Trade Marks: Parody 31-1-2017 (Basic Level)” [videoföreläsning], publicerad den 19 maj 2017, www.euipo.europa.eu/knowledge/course/view.php?id=2844, hämtad den 3 december 2020.

⁶³ Nordell (2004), s. 400–401; Granmar (2003), s. 117–18.

⁶⁴ Arnerstål (2018), s. 26; NJA 2003 s. 23 (Tre Kronor); Nordell s. 408–14.

⁶⁵ Wessman (2002), s. 372–74.

⁶⁶ Nordell (2004), s. 313, 324–25, 335–36 och 400–401.

⁶⁷ Levin (1992), s. 705–20.

⁶⁸ Andersson (2002).

⁶⁹ Kisieliute (2012); Koetz Wildt (2017); Carmona López (2019).

⁷⁰ Bohaczewski (2020).

⁷¹ Sakulin (2011); Senftleben (2015); Schovsbo (2018).

⁷² Geiger och Izyumenko (2020).

Geiger och andra experter på området påstår att grundläggande rättigheters inverkan på immaterialrätten har ökat signifikant i Europa sedan Lissabonfördraget införlivades, bl.a. eftersom EUD i allt fler immaterialrättsliga avgöranden har hänvisat till EU-stadgan.⁷³ Det sker framförallt i upphovsrättsliga mål,⁷⁴ men även i varumärkesrättsliga mål.⁷⁵ Även Europadomstolen har tagit ställning i mål där immaterialrätter kolliderat med grundläggande rättigheter.⁷⁶ Trendutvecklingen har av Geiger kallats *konstitutionaliseringen* av immaterialrätten.⁷⁷ De grundläggande rättigheterna blir allt mer ”internaliserad” i den EU-rättsliga immaterialrätten och antas bli en integrerad del i lagstiftningen och i dess praxis, även om det i nuläget är svårt att avgöra vad de exakta effekterna av detta kommer att bli.⁷⁸ Schovsbo konstaterar att även om konstitutionaliseringen inte kommer ”revolutionera” varumärkesrätten, kommer domstolar att på ett tydligare sätt behöva väga tredje mans intresse av att använda varumärket mot varumärkesinnehavarens intressen, vilket kan komma att påverka hur domstolarna tolkar varumärkesrätten och ger utrymme för inskränkningar. Effekten av en sådan utveckling kan vara att begränsa varumärkesinnehavarens möjlighet att använda sin ensamrätt för att begränsa kulturell utveckling och allmän debatt.⁷⁹ Även om varumärkesrätten konstitutionaliseras allt mer betyder inte det att VML ska tolkas *contra legem* av domstolarna, och det betyder inte heller det samhälleliga värdet av varumärkesskydd förminska vikten av kommersiellt handlande enligt god affärsed. Konstitutionaliseringen öppnar dock upp för nya argument och perspektiv i varumärkesrättslig praxis.⁸⁰

1.6 Terminologi

I arbetet görs ingen skillnad mellan begreppen *varumärke*, *varukännetecken*, *märke*, eller *kännetecken* utan de används synonymt av variationsskäl. Det saknas uttrycklig definition av vad ett varumärke är i varumärkesdirektivet och VML.⁸¹ Enligt

⁷³ Ibid., s. 531–34.

⁷⁴ Se bl.a. C-469/17 (Funke Medien); C-476/17 (Pelham m.fl.); C-516/17 (Spiegel Online).

⁷⁵ Se bl.a. C-240/18 P (Constantin mot EUIPO); C-580/13 (Coty Germany); För ytterligare praxishänvisningar se not 12 i Geiger och Izyumenko (2020), s. 532–33.

⁷⁶ Se praxishänvisningar i not 14 i Geiger och Izyumenko (2020), s. 533.

⁷⁷ Min översättning av ”constitutionalising”; Geiger (2006), s. 372.

⁷⁸ Schovsbo (2018), s. 561–62.

⁷⁹ Ibid., s. 581.

⁸⁰ Ibid., s. 574–75.

⁸¹ 1 kap. 1 § VML; artikel 1 varumärkesdirektivet.

1 kap. 4 § VML kan ett varumärke bestå av alla tecken⁸² som har särskiljningsförmåga, vilket innebär att varumärket är ägnat att särskilja varumärkesinnehavarens varor från andras.⁸³

Ensamrätten till ett varumärke innebär att varumärkesinnehavaren kan förbjuda tredje man att i näringsverksamhet använda ett kännetecken som är identiskt eller förväxlingsbart med innehavarens varumärke för varor eller tjänster av samma slag.⁸⁴ Detta kallas för varumärkesrättens grundläggande skydd,⁸⁵ vilket syftar att förhindra förväxling rörande varors kommersiella ursprung och därmed hindra att konsumenter vilsledds.⁸⁶ *Kända varumärken*⁸⁷ erhåller ett *utökat skydd* som kan göras gällande trots att varumärket används för andra slags varor eller tjänster.⁸⁸ I princip innebär detta att endast varumärkesinnehavaren har rätt att använda varumärket. Skyddet i 1 kap. 10 § 1 st. 3 p. VML kallas i svenska förarbeten och doktrin för *det utökade* eller *utvidgade skyddet* och *anseendeskyddet*, vilka används synonymt i examensarbetet av variationsskäl. I engelskspråkig doktrin används ofta termen ”protection of distinctive character and repute” eller ”trademark dilution” för att beskriva bestämmelsen.⁸⁹

Ensamrättens omfattning regleras i VML, varumärkesdirektivet och varumärkesförordningen. Vid hänvisning till den EU-rättsliga varumärkesrätten hänvisas genomgående till 2015 års varumärkesdirektiv. Det gäller även avgöranden som prövades enligt 2008 års varumärkesdirektiv.⁹⁰ Orsaken är att innebörden av artikel 10(2) varumärkesdirektivet och artikel 9 varumärkesförordningen är densamma, och det har inte skett några materiella ändringar i artikel 10(2).⁹¹ I examensarbetet används begreppen *EU* och *EUD* genomgående, även om källan i fråga härstammar till tiden före Lissabonfördraget införlivades.⁹²

⁸² Med *tecken* avses särskilt ord, figurer, bokstäver, siffror, färger, ljud och formen eller utstyrelsen på en vara eller dess förpackning.

⁸³ 1 kap. 5 § VML.

⁸⁴ 1 kap. 10 § 1 st. 1–2 p. VML; För närmare utredning av dessa bestämmelser se Levin och Hellstadius (2019), s. 448 och 465–86.

⁸⁵ Prop. 2009/10:225, s. 119–22.

⁸⁶ Wessman (2002), s. 48.

⁸⁷ Prövningen av om varumärket anses tillräckligt känt förutsätter en enskild helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter; jfr. Arnerstål (2018), s. 110–11.; se avsnitt 4.4.

⁸⁸ Prop. 2009/10:225, s. 122–27; prop. 2017/18:267, s. 138, 146, 227.

⁸⁹ Kur och Senftleben (2017), s. 337.

⁹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar.

⁹¹ Tidigare artikel 5(1) och 5(2) 2008 års varumärkesdirektiv.

⁹² Bernitz och Kjellgren (2018), s. 27–31.

Med *tredje man* avses i examensarbetet, såvida inget annat anges, ideella organisationer som använder varumärkesinnehavarens varumärke i kritiska eller parodiska yttranden.

I examensarbetet används begreppet *varumärkesparodi* som ett samlingsbegrepp och skälen för detta anges i avsnitt 2.2.

I den doktrin som studerats används begreppen *commercial expression*, *non-commercial expression* och *mixed expression* för att särskilja när olika typer av budskap förmedlas av antingen en näringsidkare eller privatperson. Eftersom svensk doktrin på detta område är bristfällig har examensarbetet konsulterat den svenska marknadsföringsrättsliga terminologin för att hitta en lämplig svensk översättning av de engelska begreppen. Orsaken till detta är för att man i marknadsföringsrätten gör skillnad på *kommersiella* och *icke-kommersiella budskap*, *yttranden* eller *meddelanden*.⁹³

1. *Kommersiella budskap* eller *yttranden* är sådana som sker i näringsverksamhet, exempelvis kommersiell marknadsföring som har ett kommersiellt syfte.⁹⁴
2. *Icke-kommersiella budskap* eller *yttranden* är yttranden av allmänt intresse exempelvis samhällsinformation, nyhetsförmedling eller opinionsbildning med ideellt, politisk eller religiöst innehåll.⁹⁵
3. Begreppet *mixed expression* har i examensarbetet kommit att betecknas som *blandade budskap* eller *yttranden* eftersom yttrandet både är av kommersiell och icke-kommersiell natur.⁹⁶

Ensamrättsliga inskränkningar är något innehavaren måste tåla i gengäld mot att erhålla varumärkesskydd.⁹⁷ I examensarbetet används begreppen *begränsning* och *inskränkning*⁹⁸ synonymt för språklig variation. Med begreppen menas att trots att det finns ett varumärkesrättsligt skydd enligt ensamrätten föreligger inte intrång p.g.a. i lag angiven inskränkning. Ett exempel på en sådan begränsning är att varumärken som inte används i näringsverksamhet gör i VML:s mening inte intrång i varumärkets ensamrätt. Även bestämmelserna i 1 kap. 11–12 §§ VML

⁹³ Hellstadius (2020), s. 116–18; Wennersten (2017), s. 286.

⁹⁴ Wennersten, (2017), s. 308.

⁹⁵ Hellstadius (2020), s. 117; Wennersten (2017), s. 308.

⁹⁶ Wennersten (2017), s. 314.

⁹⁷ Arnerstål (2018), s. 133.

⁹⁸ Se rubriken till artikel 14 varumärkesdirektiv respektive 1 kap. 11 §; se även Levin och Hellstadius (2019), s. 487.

utgör begränsningar. I viss engelskspråkig doktrin används begreppet ”trademark parody exception”,⁹⁹ vilket på svenska bör översättas till ett ”parodiundantag.” För att göra det än mer förvirrande skriver även vissa författare ”undantag eller inskränkningar”¹⁰⁰ utan att djupare utreda skillnaden. Med begreppet undantag i varumärkesrätten avses att något inte kan skyddas av ensamrätten överhuvudtaget. *Kur och Senftleben* använder dock formuleringen ”a limitation addressing parodies and artistic use”¹⁰¹ vilket torde översättas till *en inskränkning för parodier och konstnärlig användning*.

1.7 Disposition

Examensarbetet är uppdelat i sex kapitel. Analys sker löpande i respektive kapitel. I detta kapitel har bakgrunden och examensarbetets syfte presenterats. Kapitel 2 syftar till att utreda och problematisera vad en varumärkesparodi är, och besvara delfråga 1. I kapitel 3 utreds skyddet för yttrandefriheten och äganderätten utifrån bestämmelserna i EKMR och EU-stadgan, samt avvägningen mellan dem utifrån Europadomstolens och EUD:s praxis. Kapitlets syfte är att påbörja besvarandet av delfråga 2 och 4. I kapitel 4 behandlas syftet med det utökade skyddet för kända varumärken. Kapitlets syfte är att ge läsaren en förståelse för de intressen som ligger till grund för det utökade varumärkesskyddet och vad som kan vara problematiskt med detta. I kapitel 5 utreds rekvisiten för varumärkesintrång mot bakgrund av skäl 27 till varumärkesdirektivet. Kapitlet syftar till att besvara delfråga 2–4. I kapitel 6 sammanfattas analyserna från de tidigare kapitlen och slutsatser dras som besvarar examensarbetets frågeställningar.

⁹⁹ Sakulin (2011), s. 317–19; Jacques (2016), s. 481.

¹⁰⁰ Eng. ”exception or limitation”

¹⁰¹ Kur och Senftleben (2017), s. 428.

2 Om varumärkesparodi

2.1 Inledning

Parodi är ett uttryck för yttrandefrihet, precis som konst och kritik.¹⁰² Begreppet parodi förknippas framförallt med upphovsrätten och är något som upphovsmän ofta måste tåla,¹⁰³ men begreppet förekommer också inom varumärkesrätten. För att förstå om en varumärkesparodi kan göra intrång behöver begreppet parodi – särskilt varumärkesparodi – definieras. Följande kapitel syftar till att utreda och problematisera vad en varumärkesparodi är.

2.2 En förvrängning med olika avsikter

Det finns ingen uttrycklig juridisk definition av begreppen *parodi* eller *varumärkesparodi* i den svenska eller EU-rättsliga varumärkeslagstiftningen eller dess praxis. Det är dock inte häpnadsväckande eftersom varumärkesrätten saknar en uttrycklig bestämmelse om *inskränkning för parodier*, likt det som finns i det upphovsrättsliga infosocdirektivet som tillåter inskränkning i upphovsrättsinnehavarens ensamrätt för användning i karikatyr-, parodi-, eller pastischsyfte.¹⁰⁴

I doktrin har det framförts önskemål om att införa en inskränkning i varumärkets ensamrätt för parodier – precis som i upphovsrätten.¹⁰⁵ I samband med reformen till 2015 års varumärkesdirektiv föreslog Europaparlamentet att en inskränkning skulle införas i artikel 14 varumärkesdirektivet, vilken skulle begränsa varumärkesinnehavarens möjlighet att förhindra tredje man från att i näringsverksamhet använda varumärken för *parodiering, konstnärligt uttryck, kritik eller synpunkter*.¹⁰⁶ Rådet var dock emot detta och föreslog istället att skrivelsen skulle

¹⁰² Sakulin (2011), s. 3.

¹⁰³ C-201/13 (Deckmyn); jfr. även Levin och Hellstadius (2019), s. 165.

¹⁰⁴ Artikel 5(3)(k) infosocdirektivet.

¹⁰⁵ Kur och Senftleben (2017), s. 428; Senftleben (2013), s. 167–76; Dusollier (2013), s. 53.

¹⁰⁶ Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 25 februari 2014 om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (omarbetning) (COM(2013)0162 – C7-0088/2013 – 2013/0089(COD)), se i artikel 14(1)(c)(v) i förslaget.

anges i direktivsingressen,¹⁰⁷ och i slutändan efterföljdes denna linje och det infördes endast ett *skäl* till direktivet. I skälet nämns dock inte parodi som ett uttryckligt exempel, utan man valde istället en vagare formulering.¹⁰⁸

Begreppet *varumärkesparodi* förekommer emellertid i svensk och europeisk doktrin, dock utan någon djupare problematisering av begreppet. Begreppet förekommer ofta tillsammans med ord som *yttrandefrihet*, *kritik* och *synpunkter*,¹⁰⁹ *satir*,¹¹⁰ *polemik*¹¹¹ och *konstnärliga uttryck*.¹¹² En trolig orsak till detta kan vara att respektive författare i sin framställning har velat inkludera så många typer av yttranden som möjligt, alternativt exemplifiera att yttrandefriheten kan ta sig uttryck i flera olika former. Det är dock problematiskt eftersom det är svårt att fastställa vad som ska räknas som varumärkesparodi eller något annat.

Det förekommer dessutom *språkliga förväxlingar*, vilket är olyckligt med tanke på att begreppen i princip får olika innebörd. I bl.a. den svenska översättningen av generaladvokatens yttrande i C-324/09 (L'Oréal/eBay), översattes de engelska orden *parody* och *mockery* till *satir* respektive *ironiska yttrande* på svenska.¹¹³ I det upphovsrättsliga målet NJA 2005 s. 905 (Alfons) behandlade sakkunnig skillnaden mellan parodi, satir och travesti. Den sakkunnige påpekade bl.a. att parodi och travesti är två ”företeelser som ofta underordnas satiren”, och att parodier ibland har en satirisk avsikt och ibland enbart avser att vara lekfulla.

Enligt lexikondefinitionen har *satir* inte samma innebörd som parodi eftersom satir åsyftar en framställning som på ett kvickt och elegant sätt går ut på att *håna* eller *ironisera*.¹¹⁴ Parodi är istället en *medveten förvrängning* eller *komisk efterbildning* av välbekanta och (ofta) högaktade verk i syfte att *förlöjliga* dessa, genom att förändra förebildens innehåll medan formen bevaras.¹¹⁵ Definitionen är snarlik EUD:s

¹⁰⁷ Rådets ståndpunkt vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning (omarbetning), 2013/0089 (COD), 10374/1/15 REV 1 ADD 1, s. 6–7.

¹⁰⁸ Skäl 27 i varumärkesdirektivet; se vidare om i avsnitt 5.5 .

¹⁰⁹ Min översättning av ”criticism and comment”; Kur och Senftleben (2017), s. 431.

¹¹⁰ Nordell (2004), s. 400–401; Sakulin (2011), s. 3; Fhima (2013), s. 305–6.

¹¹¹ Fhima (2013), s. 304–5; Nationalencyklopedin, ”Polemik” vilket definieras som ett skarpt meningsutbyte med genomtänkta argument i mer eller mindre offentligt.

¹¹² Min översättning av ”artistic expression”; Sakulin (2011), s. 16; Kur och Senftleben (2017), s. 427–31; Nordell (2004), s. 400–401.

¹¹³ GA Jääskinen i C-324/09 (L'Oréal/eBay), p. 48 (se not 23 i yttrandet) ; jfr. C-201/13 (Deckmyn), p. 20 där ”mockery” översattes till ”förlöjligande”, vilket kan sägas vara närmare den svenska översättningen av mockery som blir ”hån”; Nationalencyklopedin, ”Hån” definieras som illvillig och förlöjligande kritik av någon(s) svaghet, ofta med avsikt att förolämpa eller förnedra och ofta med inslag av ironi.

¹¹⁴ Nationalencyklopedin, ”Satir”; SAOB, ”Satir”.

¹¹⁵ Nationalencyklopedin, ”Parodi”; SAOB, ”Parodi”.

definition av parodi-begreppet i artikel 5(3)(k) infocodirektivet där domstolen konstaterade det väsentliga kännetecknet hos en parodi är ”dels att den erinrar om ett existerande verk, samtidigt som den märkbart skiljer sig från det verket, dels att den har ett *humoristiskt* eller *förlöjligande syfte*.”¹¹⁶

I svenska artiklar där varumärkesparodi-begreppet behandlats har det främst handlat om varumärkesparodier som görs av tredje man som är näringsidkare som vill driva med varumärkesinnehavaren i sin egen marknadsföring¹¹⁷ och inte exempelvis en ideell organisation som vill väcka opinion. Levin kallar detta för *äкта varumärkesparodier*, vars karaktärsdrag är att den innehåller några *igenkännbara egenskaper* hos det ursprungliga varumärket, samtidigt som den *ändrar vissa egenskaper* hos varumärket *i syfte att driva med det* och i hopp om att uppnå en *humoristisk och provokativ* effekt.¹¹⁸ Levin antar att varumärket måste vara någorlunda känt för att uppnå denna effekt, eftersom det humoristiska annars kan gå förlorat.¹¹⁹ Kur och Senftleben för ett liknande resonemang.¹²⁰ Parodisten vid äkta varumärkesparodier vill dock inte enbart underhålla på varumärkesinnehavarens bekostnad, denne vill även *dra ekonomisk nytta* av det kända varumärket., d.v.s. en form av *renommésnyltning*.¹²¹ Korhonen menar dock att vissa varumärkesparodier t.o.m. kan vara skyddsvärda, förutsatt att de inte är *vilsedande eller osanna* och är tydliga för den genomsnittlige konsumenten.¹²²

Att parodin måste ha ett humoristiskt eller förlöjligande syfte kan vid en bokstavlig tolkning exkludera *kritik* som inte anses vara humoristisk.¹²³ Kritik innebär bl.a. att påtala brister och fel hos något, och kan vara informerande, politiskt följsam, moraliskt förmanande och underhållande.¹²⁴ Humor är dessutom subjektivt, vilket gör det till ett olämpligt juridiskt rekvisit.¹²⁵

¹¹⁶ C-201/13 (Deckmyn), p. 33 [min kursivering].

¹¹⁷ Pehrson (1989); Levin (1992); Nordell (1992).

¹¹⁸ Levin (1992), s. 712.

¹¹⁹ Ibid.; Levin utesluter dock inte att parodier på statusmärken med smalare räckvidd också är tänkbara; Pehrson (1989), s. 533.

¹²⁰ Kur och Senftleben (2017), s. 429.

¹²¹ Levin (1992), s. 712–13 och 716–17; Levin hänvisar bl.a. till Svea HovR 24.6.1987, NIR 1989 s. 82 där kondomförpackningar som liknade varumärkesskyddade cigarettförpackningar ansågs dra otillbörlig fördel av varumärkets goodwill; i NJA 1992 s. 633 (Friskis & Svettis) ansåg HD att även om det fanns viss avsiktlig association mellan FRISKIS OCH SVETTIS och BAKIS OCH SKAKIS, var det inte fråga om identiska eller liknande kännetecken.

¹²² Korhonen (2007), s. 575–76.

¹²³ Machado Pontes (2015), s. 44.

¹²⁴ Nationalencyklopedin, ”Kritik”.

¹²⁵ Sakulin (2011), s. 319.

Varumärkesparodier kan dock förekomma i situationer som primärt har ett icke-kommersiellt syfte som syftar till att väcka debatt i opinionsbildande kampanjer. Ett exempel på opinionsbildande kampanjer är anti-rökkampanjer,¹²⁶ där ett välkänt svenskt exempel är ”Welcome to Marlboro Country”-kampanjen av NSG.¹²⁷ Andra exempel kan vara att upplysa allmänheten om att ett sminkföretag bedriver djurtester,¹²⁸ eller som när Greenpeace i Frankrike tryckte upp slagorden ”STOP E\$\$\$O” på affischer för att kritisera företagets undermåliga policyer i utvecklingsländer.¹²⁹ I de fallen riktas kritiken *direkt mot en specifik varumärkesinnehavare*.¹³⁰ I NSG:s kampanj använde sig tredje man emellertid av varumärket för att *kritisera ett större problem*, d.v.s. tobaksindustrin. Ibland är dock syftet inte att kritisera, utan att skapa en underhållande effekt med hjälp av ordlekar,¹³¹ exempelvis ”Enjoy Cocaine” (jfr. ”Enjoy Coca Cola”).¹³² Varumärkesparodier torde främst ta sig uttryck i ord- och figurvarumärken eftersom de antagligen är bättre lämpade för att förmedla budskap än exempelvis ljudvarumärken. Det innebär dock inte att det är omöjligt att göra parodier av ljudvarumärken.¹³³

Machado Pontes påstår dock att parodi är mer än enbart humor; det är ett kritiskt yttrande vars form och innehåll kan chocka och uppfattas som stötande.¹³⁴ Parodier anses vara en viktig kulturell uttrycksform,¹³⁵ och även EUD uttryckte i C-201/13 (Deckmyn) att parodier är ”ett rimligt sätt att uttrycka en åsikt.”¹³⁶ Generaladvokaten konstaterade i sitt yttrande i målet att man för att kritisera sedvänjor, framföra politisk kritik och samhällskritik sedan länge och p.g.a. *budskapets effektivitet*, använt sig av fördelen av att ändra ett befintligt verk, samtidigt som detta är tillräckligt igenkännbart för den målgrupp som kritiken riktar sig till.¹³⁷ Till skillnad från varumärkesinnehavaren som försöker främja en eller två

¹²⁶ Geiger och Izyumenko (2020), s. 573–75; Europadomstolen har prövat ett mål som rörde en varumärkesparodi, se avsnitt 3.4.

¹²⁷ Se fotnot 2 ovan.

¹²⁸ van Rossum, ethify.org, *Testing cosmetics on animals*, publicerad 19 maj 2015, <https://ethify.org/en/content/testing-cosmetics-animals>, hämtad den 21 september 2020.

¹²⁹ Franska Högsta domstolen (Cour de cassation), den 8 april 2008, mål 06–10961, *Greenpeace v. Esso*, citerad från Kur och Senfleben (2017), s. 366 och 427; för fler exempel från Frankrike se Geiger (2007), s. 317–27.

¹³⁰ Kur och Senfleben (2017), s. 427.

¹³¹ Ibid.

¹³² Se fotnot 3 ovan.

¹³³ Senfleben (2019), s. 172–87.

¹³⁴ Machado Pontes (2015), s. 2.

¹³⁵ Sakulin (2011), s. 317.

¹³⁶ C-201/13 (Deckmyn), p. 25.

¹³⁷ GA Cruz Villalón i C-201/13 (Deckmyn), p. 64.

primära tolkningar av varumärket, försöker varumärkesparodin skapa en *mångfacetterad syn* på varumärket.¹³⁸ Eftersom varumärken kan ha skilda betydelser¹³⁹ kan varumärkesparodier förändra varumärkets innebörd. Varumärken kan användas för att förstärka effekten av det parodisten eller konstnären vill förmedla.¹⁴⁰ En efterföljande fråga är då om varumärkesinnehavarens ensamrätt även innefattar en ensamrätt till symbolinnehållet i varumärket.¹⁴¹

Som framgått är det inte helt oproblematiskt att definiera vad en varumärkesparodi är, speciellt p.g.a. att parodin kan ha olika syften. Det centrala verkar vara att varumärket delvis förändras, dock bara så långt att betraktaren fortfarande känner igen varumärket. I brist på ett bättre begrepp kommer examensarbetet, som angetts i avsnitt 1.6, i efterföljande kapitel att använda begreppet varumärkesparodi som ett *samlingsbegrepp* för när tredje man förvrängt eller ”lekt”¹⁴² med annans varumärket i syfte att *underhålla, provocera, ironisera eller kritisera* varumärket. Frågan är dock om den här typen av användning ska anses utgöra varumärkesintrång. Varumärkesparodier kanske inte direkt påverkar ursprungsfunktionen, men kan påverka varumärkets *image och goodwill*.¹⁴³

¹³⁸ Machado Pontes (2015), s. 2; Sakulin (2011), s. 6–7.

¹³⁹ Se avsnitt 4.2.

¹⁴⁰ Sakulin (2011), s. 315; jfr. *Nadia Plesner mot Louis Vuitton* i avsnitt 5.5. nedan.

¹⁴¹ Se vidare om i kapitel 5.

¹⁴² Levin, (1992), s. 714 och 720.

¹⁴³ Senftleben (2015), s. 376.

3 Om två grundläggande rättigheter

3.1 Inledning

Yttrandefriheten och äganderätten är två grundläggande rättigheter som ställs mot varandra vid en intrångskonflikt mellan en varumärkesinnehavare och en ideell organisation.¹⁴⁴ För varumärkesinnehavaren utgör varumärken en strategisk resurs och *egendom*¹⁴⁵ vilket denne vill skydda, samtidigt som tredje man vill använda annans varumärke inom ramen för sin yttrandefrihet.¹⁴⁶ I följande kapitel utreds yttrandefriheten och äganderätten utifrån bestämmelserna i EKMR och EU-stadgan, samt avvägningen mellan dem utifrån Europadomstolens samt EUD:s praxis.

3.2 Om yttrandefriheten

Yttrandefriheten regleras i artikel 10 EKMR samt i artikel 11 EU-stadgan. I båda bestämmelserna framgår att var och en har yttrandefrihet och att yttrandefriheten innefattar *åsiktsfrihet* samt *frihet att motta och sprida* uppgifter och tankar utan offentlig myndighets inblandning och oberoende av territoriella gränser. Mottagande och spridande av information ska i princip vara fritt, och är skyddad oavsett om den är muntlig eller skriftlig, begränsad eller omfattande.¹⁴⁷

Yttrandefriheten omfattar information och idéer av skiftande form och innehåll.¹⁴⁸ Exempel på *yttranden* är bl.a. åsikter, faktabaserad information, kommersiell information,¹⁴⁹ artistiska uttryck i konst,¹⁵⁰ och symbolanvändning m.m.¹⁵¹ Även sabotage av rävjakt i form av blåsande i horn och pornografi har ansetts utgöra yttranden.¹⁵² Yttrandefriheten omfattar yttranden som *mottas positivt eller*

¹⁴⁴ Jfr. dock stycket vid fotnot 16 i avsnitt 1.3.

¹⁴⁵ Wennersten (2014), s. 268.

¹⁴⁶ Se vidare avsnitt 4.2.

¹⁴⁷ Danelius (2015), s. 457–58; *Handyside mot Storbritannien*, nr. 5493/72, p. 49.

¹⁴⁸ Danelius (2015), s. 458.

¹⁴⁹ *markt intern Verlag GmbH och Klaus Beermann mot Tyskland*, nr. 10572/83; *Casado Coca mot Spanien*, nr. 15450/89, p. 35; *Krone Verlag mot Österrike*, nr. 39069/97.

¹⁵⁰ Geiger och Izyumenko (2018), s. 36 se not 116 i boken; C-469/17 (Funke Medien); C-476/17 (Pelham m.fl.); C-516/17 (Spiegel Online).

¹⁵¹ Sakulin (2011), s. 112; jfr. *Vanjnai mot Ungern*, nr. 33629/06.

¹⁵² *Hashman och Harrup mot Storbritannien*, nr. 25594/94; *Hoare mot Storbritannien*, nr. 31211/96.

anses ofarliga samt yttranden som *kränker, chockar eller stör* staten eller någon del av befolkningen.¹⁵³ Då Europadomstolen i sin praxis verkar ha tolkat begreppet yttrande brett¹⁵⁴ torde varumärkesanvändning kunna utgöra ett yttrande. Principiellt kan yttrandefrihet innebära en rätt för tredje man att i kulturella, politiska, sociala sammanhang, och även i jämförande reklam, använda annans varumärke, vilket därmed riskerar att kollidera med varumärkesinnehavarens ensamrätt.¹⁵⁵

Yttrandefriheten anses vara en av *demokratins grundpelare*.¹⁵⁶ Generellt anses yttrandefriheten vara en grundläggande del för samhällsutvecklingen, och dessutom *nödvändig i en demokrati*, eftersom social rättvisa och utveckling endast är möjlig om olika åsikter får flöda.¹⁵⁷ Yttrandefriheten antas därmed fylla en *samhällsnytta*, som dessutom är nödvändig i en demokrati om medborgarna ska kunna göra *fria och självständiga val*. Yttrandefriheten motiveras även på *individnivå*, där den enskilda människans *frihet och värdighet* kräver att individer har rätt att utveckla och uttrycka tankar och åsikter. Yttrandefriheten innebär emellertid inte att vad som helst ska få spridas, utan den syftar till att *förhindra* orättfärdiga inskränkningar i yttrandefriheten.¹⁵⁸

Yttrandefriheten anses dessutom bidra till att *kontrollera maktspelare* i en demokrati.¹⁵⁹ Dessa maktspelare kan vara såväl *offentliga* som *privata aktörer*. Genom *debatt, kritik, parodi och konst* kan allmänheten upplysas om problem, vilket kan leda till att makten *kontrolleras*. För att garantera maktkontrollen har vissa institutioner i (demokratiska) samhällen ansetts utgöra viktiga kontrollfunktioner, vilka Europadomstolen tillerkänt ett omfattande yttrandefrihetsskydd. Traditionellt har *press och media* innehaft denna kontrollfunktion.¹⁶⁰

Europadomstolen har även konstaterat att *individer och olika intresseorganisationer* som driver kritiska kampanjer kan ha en viktig kontrollfunktion, och tillerkännas ett högt skydd. I *Steel och Morris mot Storbritannien*¹⁶¹ hade två Greenpeace-aktivister

¹⁵³ *Handyside mot Storbritannien*, nr. 5493/72, p. 49; se även *Vereinigung Bildender Künstler mot Österrike*, nr. 68354/01, p. 26; jfr. Sakulin (2011), s. 150–51.

¹⁵⁴ Wennersten (2017), s. 291.

¹⁵⁵ Sakulin (2011), s. 2.

¹⁵⁶ *Handyside mot Storbritannien*, nr. 5493/72, p. 49.

¹⁵⁷ Sakulin (2011), s. 1–2 och 132–33; se bl.a. John Stuart Mills citat ”If [truth] is not fully, frequently and fearlessly discussed, it will be held as dead dogma, not a living truth.” Mill, *On liberty*, s. 29. *On Liberty* publicerades för första gången 1859.

¹⁵⁸ Axberger (2019), s. 15–16.

¹⁵⁹ Sakulin (2011), s. 133.

¹⁶⁰ *Sunday Times mot Storbritannien (nr 2)*, nr. 13166/87, p. 50; I artikel 11(2) EU-stadgan anges att medias frihet och mångfald ska respekteras.

¹⁶¹ *Steel och Morris mot Storbritannien*, nr. 68416/01; målet handlade i sig inte om varumärkesintrång utan om ärekränkning och förtal.

fört en kritisk kampanj mot McDonald's och ålades att betala ett högt skadestånd. I målet konstaterade Europadomstolen att det finns ett *starkt allmänt intresse* att grupper som exempelvis Greenpeace på ett effektivt sätt kan uttrycka sig i den offentliga debatten genom att förmedla information och idéer. I det aktuella fallet ansågs frågor som rörde folkhälsan och miljö utgöra frågor av allmänt intresse.¹⁶² Enligt *Geiger och Izyumenko* kan det vara av *allmänt intresse* att genom varumärkesparodier av kända cigarettvarumärken upplysa allmänheten om risker med rökning, eller genom parodisk användning av företags bildvarumärken för att belysa företagets bristande miljöarbete eller kritisera deras starka ställning på marknaden.¹⁶³

Trots att yttrandefriheten är en av demokratins grundpelare kan den *begränsas*. I artikel 10(2) EKMR framgår att inskränkningen ska vara angiven i *lag*, tillgodose i artikeln angivna *ändamål*, vilket bl.a. innefattar att skydda annans rättigheter, samt vara *nödvändig i ett demokratiskt samhälle*.¹⁶⁴ *Laglighetskravet* innebär att det måste finnas inhemsk lag som grundar sig i inskränkningen,¹⁶⁵ vilket torde vara uppfyllt i ett varumärkesrättsligt intrångsmål eftersom det framgår av varumärkesrättsliga bestämmelser att varumärkesinnehavaren kan förhindra viss varumärkesanvändning av tredje man.¹⁶⁶ För att inskränkningen ska vara tillåten måste det dessutom vara *nödvändigt* med hänsyn till bl.a. *skyddet av annans rättighet*, vilket ensamrätten till ett varumärke torde kunna klassificeras som.¹⁶⁷ Den centrala frågan blir ofta om ingreppet är *nödvändigt i ett demokratiskt samhälle*.¹⁶⁸ Europadomstolen har uttalat att inskränkningen måste korrespondera med ett *trängande socialt behov*.¹⁶⁹ Europadomstolen gör då en avvägning mellan å ena sidan den enskildes intresse av yttrandefrihet och å andra sidan det allmänna eller den enskildes intresse som motiverar ingreppet. Framstår ingreppet som rimligt efter en sådan avvägning är proportionalitet uppfyllt och ingreppet *nödvändigt*.¹⁷⁰ En annan viktig princip vid tillämpning av EKMR är att staten åtnjuter en *viss frihet* att bedöma nödvändigheten av ingreppet (*margin of appreciation*).¹⁷¹ Formuleringen i artikel 52(1) EU-stadgan skiljer sig en aning åt från EKMR men innebörden är densamma. I EU-stadgan anges dock ett uttryckligt krav på *proportionalitet*, vilket det inte görs i EKMR. *Proportionalitetsprincipen* har stor betydelse som en *allmän*

¹⁶² *Steel och Morris mot Storbritannien*, nr. 68416/01, p. 89 och 95.

¹⁶³ Geiger och Izyumenko (2019), s. 46–47.

¹⁶⁴ Danelius (2015), s. 458–61.

¹⁶⁵ *Ibid.*, s. 461.

¹⁶⁶ Se vidare kapitel 5.

¹⁶⁷ *Fhima* (2013), s. 296; jfr. *Ashby Donald m.fl. mot Frankrike*, nr. 36769/08.

¹⁶⁸ Sakulin (2011), s. 149; Danelius (2015), s. 465.

¹⁶⁹ Min översättning av "pressing social need"; *Handyside mot Storbritannien*, nr. 5493/72, p. 48.

¹⁷⁰ Se t.ex. *Pourrubova mot Ryssland*, nr. 8237/03, p. 40; jfr. Danelius (2015), s. 465.

¹⁷¹ Danelius (2015), s. 466.

rättsprincip inom ramen för EUD och Europadomstolens rättstillämpning.¹⁷² Vid själva prövningen blir det ofta en fråga om en *helhetsbedömning* av det aktuella fallet.¹⁷³

När yttranden innefattar angrepp mot annans rättighet kan yttrandefriheten behöva vika, eftersom artikel 10(2) EKMR anger att skyddet för annans rättighet anses vara ett *skyddsvärt intresse*. Det måste dock som nämnts göras en avvägning.¹⁷⁴ Yttrandefriheten väger ”tyngre” om Europadomstolen anser att samhällsdebatten och den fria informationsspridningen är mer betydelsefull i ett enskilt fall än annans rättighet.¹⁷⁵ Europadomstolen har framhållit att *privata institutioner* kan behöva tåla nedsättande yttranden om det finns stort allmänt intresse¹⁷⁶ och att de får vara beredda att utsättas för och tåla omfattande kritik eftersom de sökt sig till offentligheten.¹⁷⁷ *Sakulin* hävdar utifrån maktkontrollfunktionen att yttrandefriheten även omfattar möjligheten att *kritisera maktsymboler*, i form av kända varumärken, om det finns ett allmänt intresse.¹⁷⁸

Även om yttrandefriheten synes vara omfattande, innebär det inte att de som utövar sin yttrandefrihet är helt fria från ansvar.¹⁷⁹ Enligt *Danelius* gör Europadomstolen skillnad på värdeomdömen och faktauppgifter. *Värdeomdömen* reflekterar en subjektiv uppfattning, som förvisso är skyddsvärd, men som ibland kan anses så grov att den inte behöver tolereras.¹⁸⁰ Av praxis framgår att skyddet för värdeomdömen även är beroende av fakta för att kunna erhålla ett omfattande skydd.¹⁸¹ *Faktauppgifter* kan verifieras och vara sanna eller osanna, och den som lämnar osanna uppgifter kan behöva visa att denne haft fog för att anse uppgifterna som sanna, eller att dessa lämnats i god tro.¹⁸² *Sakulin* påpekar att yttrandefriheten torde kunna ge ideella organisationer rätt att använda annans varumärke i kritiska kampanjer mot varumärket eller dess innehavare. Dock ger troligen inte yttrandefriheten ideella organisationer en rätt att framföra *ogrundad kritik eller anklagelser* som kan skada varumärket.¹⁸³

¹⁷² Bernitz och Kjellgren (2018), s. 164–65.

¹⁷³ Ibid. s. 165–68; Danelius (2015), s. 57–58.

¹⁷⁴ Danelius (2015), s. 476–77.

¹⁷⁵ Wennersten (2014), s. 94.

¹⁷⁶ Danelius (2015), s. 494.

¹⁷⁷ *Steel och Morris mot Storbritannien*, nr. 68416/01 p. 94; *Fayed mot Storbritannien*, nr. 17101/90, p. 75.

¹⁷⁸ Sakulin (2011), s. 133–34 och 152–55.

¹⁷⁹ *Steel och Morris mot Storbritannien*, nr. 68416/01 p. 90.

¹⁸⁰ Danelius (2015), s. 476.

¹⁸¹ Se t.ex. *Lingens mot Österrike*, nr. 9815/82; jfr. Sakulin (2011), s. 156.

¹⁸² Danelius (2015), s. 476; *Steel och Morris mot Storbritannien*, nr. 68416/01, p. 90–94.

¹⁸³ Sakulin (2011), s. 158 och 234.

Yttrandets art har betydelse för bedömningen av hur starkt skydd yttrandefriheten erhåller. *Icke-kommersiella yttranden*, som rör frågor av *allmänt intresse* eller politiska frågor eller som sker i kulturella sammanhang, har ofta *ett högre skyddsvärde* eftersom dessa anses ha ett större inneboende värde, än *kommersiella yttranden*.¹⁸⁴ De långtgående inskränkningarna i den kommersiella yttrandefriheten sker i syfte att skydda konsumenter och konkurrenter mot vilseledande, falska påståenden eller etiskt tvivelaktiga marknadsföringsmetoder.¹⁸⁵ Yttranden som faller helt utanför yttrandefrihetsskyddet är yttranden som uppmanar till våld eller hat mellan folkgrupper (hate speech)¹⁸⁶ och missvisande kommersiella budskap.¹⁸⁷ Kommersiella budskap skyddas för att informationen i reklamen kan vara avgörande i medborgares ekonomiska beslutsfattande, och missvisande information skadar per definition det syftet.¹⁸⁸

Även om det i allmänhet är okomplicerat att avgöra om ett yttrande är icke-kommersiellt eller kommersiellt, finns det undantag. Där det kan bli komplicerat är vid *blandade yttranden*; exempelvis om varumärket används som motiv i ett *kommersiellt* konstverk eller om varumärket används i ett politiskt budskap vilket förmedlas via ett *kommersiellt* medium. En oro som framförts i doktrin är att *blandade yttranden* riskerar att få ett lägre skydd om de anses vara helt kommersiella, vilket kan undertrycka vissa kulturella, sociala och politiska yttranden till förmån för varumärkesinnehavaren.¹⁸⁹ Europadomstolens praxis visar att för att avgöra om blandade yttranden är övervägande icke-kommersiella eller kommersiella måste en noggrann granskning av det aktuella fallet ske. Europadomstolen prövar bl.a. om syftet med yttrandet var helt kommersiellt, eller om syftet var att bidra till en debatt av allmänt intresse.¹⁹⁰ Det allmänna intresset av att kunna diskutera privata aktörers agerande måste dock alltid vägas mot innehavarens ekonomiska intressen.¹⁹¹

3.3 Om äganderätten

Äganderätten skyddar företags (och enskilda personers) ekonomiska intressen och dess primära syfte är att skydda *en ekonomisk rätt*. Det finns dock andra syften

¹⁸⁴ Sakulin (2011), s. 150; Wennersten (2017), s. 300; Danelius (2015), s. 461–62 och 506.

¹⁸⁵ Danelius (2015), s. 506.

¹⁸⁶ Se Danelius (2015), s. 468 med hänvisad praxis.

¹⁸⁷ *Krone Verlag mot Österrike*, nr. 39069/97.

¹⁸⁸ *Ibid.*; jfr. Sakulin (2011), s. 112–13.

¹⁸⁹ Sakulin (2011), s. 168–69.

¹⁹⁰ Sakulin (2011), s. 173–74 samt angiven praxis på s. 168–73.

¹⁹¹ *Steel och Morris mot Storbritannien*, nr. 68416/01 p. 94.

som inte är renodlat ekonomiska; exempelvis ägarens förfoganderätt och att genom egendomen uppstår möjligheter till inflytande. Det personliga ägandet anses dessutom i sig ha ett egenvärde.¹⁹² Det får antas att ett samhälle med en fungerande rättsordning bl.a. bygger på att enskildas äganderätt respekteras och skyddas, och att denna rättssäkerhetsaspekt av äganderätten är en förutsättning för ekonomisk utveckling.¹⁹³

Äganderätten regleras i artikel 1 i EKMR:s första tilläggsprotokoll samt artikel 17 EU-stadgan. I artikel 17(2) EU-stadgan anges att immateriell egendom ska vara skyddad, medan en sådan uttrycklig bestämmelse saknas i EKMR:s första tilläggsprotokoll. Europadomstolen har dock gett egendomsbegreppet en *autonom och vidsträckt innebörd* som inte enbart omfattar fast och lös egendom,¹⁹⁴ utan även immaterialrätt generellt.¹⁹⁵ Efter *Anheuser-Busch Inc. mot Portugal* står det dessutom klart att rätten till ett varumärke omfattas av egendomsskyddet i tilläggsprotokollet.¹⁹⁶

Av första stycket i artikel 1 i första tilläggsprotokollet framgår att varje fysisk eller juridisk person ska ha rätt till *respekt för sin egendom* och att ingen får berövas sin egendom annat än i det *allmännas intresse* och under de förutsättningar som anges i lag och i folkkrättens allmänna grundsatser.¹⁹⁷ Enligt artikel 17(1) EU-stadgan har var och en rätt att besitta lagligen förvärvad egendom, att nyttja den, att förfoga över den och att testamentera bort den. Artikeln anger dessutom att ingen får berövas sin egendom utom då *samhällsnyttan* kräver det, i de fall och under de förutsättningar som föreskrivs i lag och mot rättmätig ersättning för sin förlust i rätt tid. Dessutom anges att nyttjandet av egendomen får regleras i lag om det är nödvändigt för allmänna samhällsintressen. Precis som yttrandefriheten får alltså äganderätten *begränsas*.

Enligt *Danelius* får staterna även i fråga om äganderätten i tilläggsprotokollet anses ha en *positiv förpliktelse* att se till att äganderätten skyddas mot kränkningar utförda av andra privata rättssubjekt.¹⁹⁸ När det gäller civilrättsliga tvister mellan enskilda – vilket det torde röra sig om vid en intrångstalan – är statens ansvar

¹⁹² Åhman (2009), s. 131–32.

¹⁹³ Nergelius (2012), s. 11–12.

¹⁹⁴ Danelius (2015), s. 571–72.

¹⁹⁵ *Melnychuk mot Ukraina*, nr. 28743/03; jfr. *Aral, Tekin och Aral mot Turkiet*, nr. 24563/94; *A.D mot Nederländerna*, nr. 21962/93.

¹⁹⁶ *Anheuser-Busch Inc. mot Portugal [GC]*, nr. 73049/01.

¹⁹⁷ *Sporrong Linnroth mot Sverige*, nr. 7151/75 och 7172/75 p. 61; *James m.fl. mot Storbritannien*, nr. 8793/79, p. 37; jfr. Danelius (2015), s. 577–78; Wennersten (2014), s. 78.

¹⁹⁸ Danelius (2015), s. 578.

enligt EKMR begränsad till att se till att det finns ett tillfredställande rättskydd i lagen och att domstolarna tillämpar lagen på ett godtagbart sätt.¹⁹⁹

Egendomsskyddet anses emellertid vara bland de svagaste rättigheterna i EKMR, eftersom staten ges omfattande bedömningsmarginal att reglera egendom i allmänt intresse.²⁰⁰ Bedömningen kan dock överprövas av Europadomstolen, som då prövar om medlemsstaten utövat sitt skön på ett *proportionerligt* och rimligt sätt.²⁰¹ Begreppet *det allmännas intresse* är vidsträckt till sin innebörd,²⁰² och äganderätten kan kontrolleras för det allmännas intresse, vilket enligt *Fhima* kan inkludera *skyddet för det offentliga samtalet* inom ramen för yttrandefriheten.²⁰³ Även om det finns ett allmänt intresse att inskränka äganderätten får dock inskränkningen inte vara oproportionerlig. Har den enskilde tillerkänts ersättning för inskränkningen – i detta fall intränet i varumärkesrätten – kan ingreppet anses proportionerligt.²⁰⁴

3.4 Om avvägningen

Av Europadomstolens praxis framgår att yttrandefriheten kan komma i konflikt med immaterialrätter och att Europadomstolen ger konventionstaten *stor frihet* att avväga dessa intressen mot varandra.²⁰⁵

1991 prövade Europadomstolen ett *varumärkesparodi*-mål.²⁰⁶ En österrikisk organisation mot rökning hade i samband med en anti-rökningskampanj bl.a. sålt affischer med en karikatyrbild av ett rökande skelett som rider på en kamel samt slogan ”ONLY A CAMEL WALKS MILES FOR A CIGARETTE”. Slogan anspelade på varumärket Camels reklamfras ”I walk miles for CAMEL filter.” Organisationen stämde av varumärkesinnehavaren som hävdade att kampanjen *misskrediterade* dess produkter, och organisationen förbjöds sedermera av nationell domstol att använda slogan och bilden. Den nationella domstolen ansåg att det inte var rimligt att kampanjen enbart använt sig av Camels varumärke för att

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Wennersten (2014), s. 83; Helfer (2008), s. 2; Nergelius (2012), s. 61–62.

²⁰¹ Danelius (2015), s. 579.

²⁰² *James m.fl. mot Storbritannien*, nr. 8793/79.

²⁰³ *Fhima* (2013), s. 296.

²⁰⁴ Danelius (2015), s. 581.

²⁰⁵ Danelius (2015), s. 476; Upphovsrättsliga mål: *Neij och Kolmisoppi mot Sverige*, nr. 40397/12; *Asbby Donald m.fl. mot Frankrike*, nr. 36769/08; varumärkesrättsligt mål: *Österreichische schutzgemeinschaft für nichtraucher och Robert Rockenbauer mot Österrike*, nr. 17200/90.

²⁰⁶ *Österreichische schutzgemeinschaft für nichtraucher och Robert Rockenbauer mot Österrike*, nr. 17200/90.

kritisera rökning i allmänhet. Målet överklagades till Europadomstolen där organisationen åberopade sin yttrandefrihet. Europadomstolen ansåg emellertid att yttrandefriheten inte hade kränkts eftersom den godtog de nationella domstolarnas överväganden i målet, och att varumärkesinnehavaren endast i särskilda fall skulle behöva acceptera tredje mans varumärkesanvändning.²⁰⁷ Domen har kritiserats för att vara oförenligt med artikel 10. Enligt *Sakulin* är begränsningar av yttrandefriheten rättfärdigade om varumärkesparodin *enbart* är inriktad på att misskreditera varumärket och inte bidra till en allmän diskussion, vilket han anser att organisationen ändå gjorde.²⁰⁸ Även *Geiger* och *Izyumenko* anser att Europadomstolen idag skulle bedömt en liknande situation annorlunda. EKMR är nämligen ett levande instrument som ska tolkas i ljuset av aktuella förhållanden.²⁰⁹

I *Ashby Donald m.fl. mot Frankrike*,²¹⁰ där tre fotografer hade publicerat fotografier från en modevisning på internet och blivit ersättningskyldiga för upphovsrättsintrång, balanserades fotografernas yttrandefrihet gentemot äganderätten. Europadomstolen kom enhälligt fram till att yttrandefriheten inte hade kränkts. Europadomstolen ansåg förvisso att yttrandefriheten inskränktes när fotograferna dömdes för upphovsrättsintrång, men påpekade att inskränkningen hade stöd i den franska upphovsrättslagen, att inskränkningen syftade till att *skydda annans rättighet* (dvs. äganderätten i första tilläggsprotokollet) och ansågs nödvändig i ett demokratiskt samhälle. Den nationella domstolen hade stor frihet att avväga intresset mellan yttrandefrihet och äganderätten i det aktuella fallet eftersom intrångsgöraren primärt hade ett *kommersiellt syfte* med publiceringen, och inte försökt bidra till debatt av allmänt intresse.

Av *upphovsrättslig* praxis från EUD framkommer att artikel 17(2) EU-stadgan varken enligt dess lydelse eller EUD:s praxis är absolut och ska garanteras undan-

²⁰⁷ Geiger och Izyumenko (2020), s. 575.

²⁰⁸ Sakulin (2011), s. 322–23.

²⁰⁹ Geiger och Izyumenko (2020), s. 575–77; de hänvisar bl.a. till ett liknande fall i Frankrike från 2006, där CAMEL-varumärket återigen utsattes för en parodisk anti-rökkampanj, där utgången blev det motsatta, då den franska domstolen ansåg att det genom yttrandefriheten var möjligt för tredje man att använda ett varumärke i syfte att kritisera.

²¹⁰ *Ashby Donald m.fl. mot Frankrike*, nr. 36769/08; se den engelska sammanfattningen på HUDOC samt Voorhofs och Høedt-Rasmussens kommentar på Kluwer Copyright Blog ”ECHR: Copyright vs. freedom of expression”, publicerad den 25 januari 2013, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/>, hämtad den 9 december 2020.

tagslöst. Det måste istället göras en avvägning mellan rätten till immateriell egendom mot andra grundläggande rättigheter.²¹¹ I C-637/19 (BY) ställdes äganderätten mot rätten till effektivt rättsmedel, vilket garanteras i artikel 47 i EU-stadgan. EUD ansåg att den rätten kunde allvarligt äventyras om upphovsmannen kan förhindra att viss bevisning ges in till en domstol enbart p.g.a. att bevisningen innehåller ett upphovsrättsligt skyddat alster.²¹²

EUD har ännu inte uttalat sig om yttrandefriheten i förhållande till varumärkesrätten, men eftersom artikel 17(2) omfattar immaterialrätter generellt torde även varumärkesrätten omfattas. Skyddet för varumärkesrätten torde alltså inte vara absolut utan måste vägas mot andra grundläggande rättigheter, exempelvis yttrandefriheten. I ett varumärkesrättsligt mål från februari 2020, vilket inte rörde varumärkesinrång utan EUIPO:s avslagsbeslut att registrera ordmärket ”*Fack Ju Göthe*”, betonade både generaladvokaten och EUD att yttrandefriheten *faktiskt* har betydelse för och är tillämplig i varumärkesrätten. Båda hänvisade såväl till artikel 11 EU-stadgan som skäl 21 till varumärkesförordningen (vilket motsvarar skäl 27 varumärkesdirektiv).²¹³ Men som generaladvokaten påpekade ger dock denna insikt upphov till fler frågor än svar.²¹⁴ Enligt generaladvokaten torde dock den vikt som tillmätts yttrandefriheten på varumärkets område, ”till skillnad från vad som gäller på området för konst, kultur och litteratur” vara något anorlunda, eventuellt mindre, i den övergripande avvägningen mellan befintliga rättigheter och intressen.²¹⁵

Weckström anser att äganderätten och yttrandefriheten i grunden är jämbördiga rättigheter, vilka måste vägas mot varandra utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Yttrandefriheten väger dock tyngre när varumärkesanvändningen faller utanför *kärnan* i varumärkesrätten, vilket behandlas närmare i kapitel 4 och 5.²¹⁶ *Nordell* framhåller att yttrandefrihetsrättsliga principer generellt pekar på att det bör finnas ett krav på frihållning för tredje mans varumärkesanvändning i *rent opinionsbildande syfte*.²¹⁷ NSG:s kampanj ansågs inte falla inom innehavarens ensamrätt, eftersom *Marlboro*-varumärket inte utnyttjades i näringsverksamhet,

²¹¹ C-275/06 (*Promusicae*), p. 62; C-70/10 (*Scarlet*), p. 43; C-360/10 (*SABAM*), p. 41; C-314/12 (*UPC Telekabel Wien*), p. 61; C-476/17 (*Pelham m.fl.*), p. 32-33; C-637/19 (BY), p. 32.

²¹² C-637/19 (BY), p. 32-33.

²¹³ GA Bobek i mål C-240/18 P (*Constantin mot EUIPO*), p. 47 och 52; C-240/18 P (*Constantin mot EUIPO*), p. 50 och 56.

²¹⁴ GA Bobek i mål C-240/18 P (*Constantin mot EUIPO*), p. 52.

²¹⁵ *Ibid.*, p. 56.

²¹⁶ *Weckström* (2007), s. 676; se liknande resonemang av *Bohaczewski* (2020), s. 874.

²¹⁷ *Nordell* (2004), s. 400.

och hade ett uteslutande opinionsbildande syfte.²¹⁸ *Sakulin* påpekar emellertid att varumärkesanvändningen idag ofta är *blandad*, dvs. tredje man använder varumärket i syfte att tjäna pengar *samtidigt* som denne vill bidra till eller sporra en samhällsdebatt.²¹⁹ Som angetts²²⁰ saknas uttrycklig bestämmelse i varumärkesrätten och de grundläggande rättighetsregleringen om hur gränsdragningen ska göras i förhållande mellan varumärkesrätten och yttrandefriheten. Den enda begränsningen man finner är att den varumärkesrättsliga ensamrätten är begränsad till *användning i näringsverksamhet*,²²¹ vilken problematiseras närmare i kapitel 5.

Som framgått är varken yttrandefriheten eller äganderätten absoluta, utan får begränsas och ska avvägas mot andra grundläggande rättigheter. Vid en kollision mellan de två rättigheterna torde det behöva göras en *helhetsbedömning* utifrån alla omständigheter i det aktuella fallet; tredje mans varumärkesparodi måste avvägas mot varumärkesinnehavarens rätt att förhindra sådan användning. Vissa *faktorer* talar dock för att den ena rättigheten väger tyngre än den andra. *Vem som yttrar sig* kan ha betydelse. Ideella organisationers kampanjer mot varumärkesinnehavare torde som utgångspunkt erhålla ett starkt yttrandefrihetsskydd eftersom de anses ha en viktig kontrollfunktion. Även *mot vem* yttrandet riktar sig har betydelse; kända varumärken (och dess innehavare) torde p.g.a. sin offentliga roll behöva tåla en del kritik och provocerande yttranden. Likaså *spelar yttrandets syfte* roll. Kommersiella yttranden kan inskränkas i större mån, medan frågor som rör folkhälsa och miljö anses utgöra frågor av allmänintresse. Det innebär dock inte att varumärkesparodin, konstverket eller den kritiska kampanjen får vara helt ogrundade.

²¹⁸ Nordell (2003), s. 408; se fotnot 2 ovan.

²¹⁹ Sakulin (2011), s. 7.

²²⁰ Se avsnitt 2.2.

²²¹ Nordell (2003), s. 409.

4 Om syftet med anseendeskyddet

4.1 Inledning

Varumärkesrätten tillerkänner varumärkesinnehavare två skydd; ett grundläggande skydd och ibland även ett *utökade skydd*.²²² Det utökade skyddet är mer omfattande eftersom det kan åberopas vid tredje mans varumärkesanvändning för *samma, liknande eller andra slags varor eller tjänster*.²²³ Följande kapitel utreder och problematiserar syftet med det utökade skyddet mot bakgrund av intresset att använda annans varumärke.

4.2 Om intresset att använda (kända) varumärken

Varumärkesrätten ger varumärkesinnehavaren en *ensamrätt* att använda varumärket som *symbol* för varor eller tjänster som tillhandahålls i dennes näringsverksamhet. Varumärken anses utgöra en central del för företagets framgångsmöjligheter. Genom att använda varumärket, kan varumärkesinnehavaren identifiera och marknadsföra sin verksamhet samt sina varor eller tjänster, och nå ut till sina kunder.²²⁴ Varumärken är alltså en slags *bärare av information* om varans eller tjänstens egenskaper, exempelvis innehåll, kvalitet och pris.²²⁵ Enligt *Levin och Hellstadius* utgör varumärket *förbindelselänken* mellan varumärkesinnehavaren och dess kundkrets. Denna *länk* skyddas av varumärkesrätten.²²⁶ Förbindelselänken antas ha flera olika funktioner,²²⁷ och det är dessa *varumärkesfunktioner* som beskriver *syftet med varumärkesrätten*.²²⁸ Av skäl 16 till varumärkesdirektivet och EUD:s praxis framgår att den mest grundläggande varumärkesfunktionen är att varumärket ska garantera en ursprungsangivelse,²²⁹ men det finns fler skyddsvärda funktioner än så.²³⁰

²²² Prop. 2009/10:225, s. 119–122 (om det grundläggande skyddet) och s. 122–27 (om det utökade skyddet); se avsnitt 1.6.

²²³ C-292/00 (Davidoff); prop. 2009/10:225, s. 70 och 122–27.

²²⁴ Prop. 2009/10:225, s. 68; prop. 2017/18:267, s. 138.

²²⁵ Nordell (2010), s. 271.

²²⁶ Levin och Hellstadius (2019), s. 420–21.

²²⁷ Ibid. s. 421; Wessman m.fl., (2019), s. 41–43; C-206/01 (Arsenal); C-487/07 (L'Oréal/Be-lure); C-323/09 (Interflora).

²²⁸ Wennersten (2014), s. 267; Nordell (2004), s. 69–71.

²²⁹ C-206/01 (Arsenal); C-236–238/08 (Google); jfr. även Nordell (2010), s. 267–69.

²³⁰ Se avsnitt 1.3.

Likt andra begrepp kan varumärken emellertid ha *olika betydelser* och ge varierade associationer eller konnotationer beroende på kontexten där de används, hur de används och vem som är mottagare.²³¹ Varumärken kan även förmedla *underliggande budskap* som exempelvis en viss identitet, politisk åsikt eller förmedlar ett kulturellt budskap.²³² I doktrin beskrivs det som att varumärken i sig har blivit *produkter* som kan signalera status, intressen och personliga mål hos den som köper dess varor.²³³ *Symbolisk* varumärkesanvändning ger upphov till en rad intressanta gränsdragningsfrågor om ensamrättens omfattning.²³⁴

Varumärkesinnehavarens intresse är framförallt att varumärket inte ska utsättas för varumärkesintrång. Dennes intresse av att skydda sitt varumärke måste dock vägas mot *andras intresse att använda varumärket*.²³⁵ En konkurrerande näringsidkare kan vilja använda annans varumärke i marknadsföringssyfte för att informera konsumenter om dennes produkter eller tjänster. Ibland kan dock tredje man enbart vilja dra fördel av varumärkets anseende. För *varumärkesinnehavaren* finns det följaktligen ett intresse av att tredje man inte drar otillbörlig fördel av eller skadar varumärkesinnehavarens varumärke och verksamhet.²³⁶

Samtidigt har varumärken blivit en *värdefull kommunikationskanal*, vilket gör att varumärkeshavaren vill kunna kontrollera hur det används i marknadskommunikation.²³⁷ Mot detta intresse ställs även tredje mans²³⁸ intresse av att fritt kunna använda annans varumärke för att *kommunicera kulturella, politiska eller socialt laddade budskap*.²³⁹ Eftersom varumärket i vissa avseenden representerar varumärkesinnehavaren så som denne själv vill uppfattas offentligt, kan varumärket vara ett effektivt sätt förmedla kritik mot innehavaren genom exempelvis varumärkesparodier, eftersom det angriper varumärkets *goodwill eller förtroende*.²⁴⁰ Varumärkets inneboende kontextuella innebörd kan även utnyttjas av tredje man som ett effektivt uttrycksmedel för att förmedla ett specifikt budskap. Att exempelvis metaforiskt använda det varumärkesskyddade ordet *Barbie* och påstå att vi lever

²³¹ Arnerstål (2018), s. 20–21; Nordell (2004), s. 139.

²³² Wennersten (2014), s. 311; Sakulin (2011), s. 2.

²³³ Kur och Senftleben (2017), s. 22–23.

²³⁴ Arnerstål (2018), s. 22.

²³⁵ Kur och Senftleben (2017), s. 22–23.

²³⁶ Arnerstål (2018), s. 19–20.

²³⁷ Ibid., s. 22; Kur och Senftleben (2017), s. 22–23.

²³⁸ Bl.a. ideella organisationer men även konsumentkollektivet i stort.

²³⁹ Arnerstål (2018), s. 22; Sakulin (2011), s. 6 och 12; Nordell (2004), s. 139.

²⁴⁰ Sakulin (2011), s. 13; se Klein (2010), där Klein kritiserar hur varumärken genom medvetna strategier tränger in i såväl massmedia som samhället i stort; jfr. även Nordell, (2004), s. 35–36 och 580, Nordell anser att kritiken Klein framför är överdriven men förnekar inte att varumärken har tagit plats i det offentliga rummet, och blivit en kulturyttring av allmänintresse.

i en "Barbie world", kan kommunicera en form av kritik mot ett yligt samhälle.²⁴¹ Ett annat exempel är *Campbell Soup*-tavlorna av Andy Warhols. Tavlorna kan betraktas som ett av Warhols individuella konstnärliga uttryck, samtidigt som det också kan ses som en kommentar över massproduktion eller marknadsföringstekniker.²⁴² Budskapen behöver givetvis inte vara kritiska. Varumärkesanvändningen kan vara ett sätt att uttrycka sin uppskattning för varumärket eller det varumärket representerar, exempelvis genom att förse en halsduk med namnet Arsenal.²⁴³ Enligt *Kur och Senfleben* måste man väga *alla ovanstående intressen* mot varandra i alla steg.²⁴⁴

4.3 Om tre funktioner

Som framgått²⁴⁵ motiveras varumärkesskyddet allmänt utifrån varumärkets olika *funktioner*, och vid intrång i det grundläggande skyddet måste tredje mans varumärkesanvändning skada eller riskera att skada någon av varumärkets *funktioner* för att intrång ska föreligga.²⁴⁶ I det *utökade skyddet* har dock varumärkesfunktionerna inte mer än *indirekt betydelse* för intrångsbedömningen.²⁴⁷

Anseendeskyddet beskrivs istället som en specifik form av *goodwill-skydd*.²⁴⁸ *Goodwill* är dock ett mångfacetterat och svårdefinierat begrepp.²⁴⁹ I svenska förarbeten beskrivs goodwill som de *associationer och känslor* som ett varumärke ger.²⁵⁰ *Wessman* beskriver det som att varumärket i sig bär på en särskild aura, goodwill eller mening.²⁵¹ Enligt *Kur och Senfleben* är de funktioner som kan kopplas till goodwill-skyddet varumärkets *kommunikations-, reklam- och investeringsfunktionen*.²⁵² Dessa tre funktioner har erkänts som rättsligt relevanta och skyddsvärda av EUD,²⁵³ men det saknas ännu en tydlig definition av vad som avses med investerings- och

²⁴¹ Arnerstål (2018), s. 21.

²⁴² Sakulin (2011), s. 234–35.

²⁴³ Jfr. C-206/01 (Arsenal); Arnerstål (2018), s. 21.

²⁴⁴ Kur och Senfleben (2017), s. 24–25.

²⁴⁵ Se avsnitt 1.3 och 4.2.

²⁴⁶ C-206/01 (Arsenal), p. 51 och 54; C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 58; C-236–238/08 (Google France), p. 77; NJA 2014 s. 580 (Layher), p. 13–21 (särskilt p. 20); Nordell (2010), s. 265; jfr. även Wennersten (2014), s. 267–68.

²⁴⁷ Arnerstål (2018), s. 110 och 126; se avsnitt 1.3.

²⁴⁸ Kur och Senfleben (2017), s. 338–39.

²⁴⁹ Löfgren (1991), s. 9.

²⁵⁰ SOU 2001:26, s. 153.

²⁵¹ Wessman m.fl. (2019), s. 42.

²⁵² Kur och Senfleben (2017), s. 337–41.

²⁵³ C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 58.

kommunikationsfunktionen.²⁵⁴ Även reklamfunktionen framstår som oklar²⁵⁵ trots att definitionen utvecklades en aning i C-236–238/08 (Google).²⁵⁶

Reklamfunktion har definierats av EUD som att varumärkesinnehavaren kan, utöver att ha som mål att varumärket ska ange ursprunget för dennes varor eller tjänster, även ha som syfte att *informera och övertyga konsumenterna*.²⁵⁷ Varumärkesinnehavaren har alltså rätt att förhindra tredje mans användning som skadar varumärket som inslag i reklamkampanjer eller del i en försäljningsstrategi.²⁵⁸

Skyddet för *investeringsfunktionen* kommer indirekt till uttryck i det utökade skyddet, eftersom det oftast ligger kommersiella ansträngningar (investeringar) bakom kännedomsgraden av ett varumärke.²⁵⁹ Investeringsfunktionen motiveras av att varumärket kan användas av innehavaren för att anskaffa eller behålla ett gott rykte som kan tänkas attrahera konsumenterna och göra dem lojala mot varumärket.²⁶⁰ Investeringsfunktionen är tätt sammankopplad med *reklamfunktionen*,²⁶¹ men EUD gör åtskillnad mellan dem och anser att *investeringsfunktionen* inte enbart skyddar reklam utan *alla kommersiella tekniker* som syftar till att förvärva eller bibehålla gott rykte som kan attrahera konsumenterna och behålla deras lojalitet.²⁶² EUD har ännu inte preciserat vad dessa tekniker kan vara.

Vad som avses med *kommunikationsfunktionen* har inte heller klargjorts av EUD.²⁶³ *Generaladvokat Mengozzi* i C-487/07 (L'Oréal/Bellure) beskrev dock *kommunikationsfunktion* som något skyddsvärt, eftersom varumärket i sig kan sprida olika upplysningar om varan till konsumenterna.²⁶⁴ *Mengozzi* hänvisade till *generaladvokaten Sharpstones* yttrande i C-252/07 (Intel), som rörde skyddet för kända varumärken. *Sharpston* lyfte bl.a. att kända varumärken utövar funktioner som går utöver varors och tjänsters ursprungsangivelse. Varumärkena i sig kan utgöra en bild av kvalitet, exklusivitet, lyx, ungdom eller andra ”önskvärda livsstilsattribut.”²⁶⁵

²⁵⁴ Nordell (2010), s. 274.

²⁵⁵ Ibid., s. 271.

²⁵⁶ C-337/95 (Dior); C-487/07 (L'Oréal/Bellure); C-236–238/08 (Google).

²⁵⁷ C-236–238/08 (Google), p. 91; Nordell (2010), s. 270.

²⁵⁸ C-236–238/08 (Google), p. 92.

²⁵⁹ Arnerstål (2018), s. 91–92.

²⁶⁰ C-323/09 (Interflora), p. 60.

²⁶¹ Walther och Malmberg (2015), s. 72; Arnerstål (2018), s. 91.

²⁶² C-323/09 (Interflora), p. 39 och 61.

²⁶³ Arnerstål (2018), s. 94.

²⁶⁴ GA Mengozzi i C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 54.

²⁶⁵ GA Sharpston i C-252/07 (Intel), p. 8.

Denna varumärkesbild är inte nödvändigtvis knuten till specifika varor, utan har i sig själv förmågan att framföra ett starkt marknadsföringsbudskap.²⁶⁶

Även om det ännu inte är helt klarlagt vad dessa funktioner innebär är det centrala med dem dock att de är mer eller mindre fristående från varumärkets varor eller tjänster, och utgör istället ett uttryck för varumärkets *egenvärde*, vilket i sig själv antas kunna omsättas till något självständigt.²⁶⁷

4.4 Om ett investeringsskydd

Sverige har tillsammans med andra länder en *skyldighet* att tillhandahålla anseendeskyddet enligt en rad internationella åtaganden.²⁶⁸ Av förarbetena framgår att ensamrätten för kända varumärken tar sikte på att varumärket kan utgöra en självständig tillgång som representerar företagets *upparbetade värde* i form av image och goodwill.²⁶⁹ Lagstiftaren anser därvid att varumärkesinnehavaren har ett intresse av att skydda de *investeringar* som denne gjort i varumärket för att uppnå denna goodwill. Varumärkesrätten har alltså utvecklats till att även syfta till att skydda varumärkets *ekonomiska värde* och *investeringar* i marknaden.²⁷⁰ *Arnerstål* beskriver det som att anseendeskyddet innebär en perspektivförskjutning från en förväxlingsbaserad syn mot en mer *egendomsbaserad* syn på ensamrätten. Detta synsätt kan påstås utgöra ett skydd för det som varumärket symboliserar.²⁷¹

Varför kända varumärken anses ha ett behov av ett mer omfattande skydd summeras väl av *Levin och Hellstadius* som beskriver det som att kända varumärken anses ha en *igenkänningskvalité* som frestar till illojalt utnyttjande från tredje man vilket kan skada varumärkesinnehavaren, bl.a. genom att varumärkesanvändningen kan leda till att varumärket urvattnas. Ett exempel är om bilmärket *Rolls Royce* skulle användas för barnvagnar. Visserligen finns ingen risk för varu- eller verksamhetsförväxling, men den breda användningen kan slå tillbaka mot det äldre välkända märket, genom att varumärket exempelvis förlorar sin exklusiva prägel.²⁷²

²⁶⁶ Ibid.

²⁶⁷ Wessman m.fl., (2019), s. 42–43; SOU 2001:26, s. 149.

²⁶⁸ Prop. 2009/10:225, s. 104; utöver bestämmelsen i varumärkesdirektivet, se även artikel 6^{bis} i Pariskonventionen och artikel 16 TRIPS-avtalet.

²⁶⁹ Prop. 2009/10:225, s. 119.

²⁷⁰ Ibid., s. 79, 119; SOU 2001:26, s. 266.

²⁷¹ Arnerstål (2018), s. 108; GA i mål C-323/09 (*Interflora*) p. 50.

²⁷² Levin och Hellstadius (2019), s. 469.

Det utvidgade skyddet enligt EU-varumärkesrätten innebär enligt *Levin och Hellstadius* ett praktiskt helhetsgrepp där ensamrätten ses som ett viktigt *investerings-skydd* och instrument för en välfungerande marknad, och bestämmelsen öppnar upp för ett tämligen brett skydd.²⁷³ Det utökade skyddet för kända varumärken ger varumärket skydd som en *produkt*, vilket i längden kan sträcka sig så långt att det faktiskt handlar om en ensamrätt att exploatera varumärket, likt den upphovsmän tillerkänns. Att kända varumärken tillerkänns ett utökat skydd har emellertid ansetts *problematiskt*.²⁷⁴ *Skyddet för varumärkens goodwill* inom ramen för det utökade skyddet, är fortfarande inte helt klarlagt i EU-varumärkesrätten, även om man har försökt rättfärdiga det utifrån *sambällsekonomiska teorier* eller *incitaments- och belöningsteorier*. De sista två teorierna används dock främst för att motivera skydd för upphovsrätt och patent.²⁷⁵

Ur ett *sambällsekonomiskt* perspektiv anses varumärken generellt främja *kommunikationen* och *konkurrensen* på marknaden.²⁷⁶ I doktrin framförs att samhällsekonomiska teorier rättfärdigar skyddet för varumärkets ursprung, särskiljande, kvalitet- och garantifunktion, men inte skyddet för dess goodwill.²⁷⁷

Incitaments-teorin- och belöningsteorin innebär, i korta drag, att ensamrätten till en immaterialrätt är motiverad eftersom det uppmuntrar kreativt skapande och tillgodoser produktion av immaterialrätter vilket antas bidra till samhället.²⁷⁸ Att en konstnär genom sitt skapande berikar samhället kulturellt är relativt självklart, och således är prestationen skyddsvärd.²⁷⁹ Dock saknas stöd för att varumärkesinnehavare behöver den här typen av incitament.²⁸⁰ Att varumärkesinnehavare med kända varumärken bidrar till samhällsutvecklingen såsom en författare är inte lika tydligt eftersom skyddet för varumärkets investering är för att förbättra innehavarens position på marknaden, vilket i grunden är en *självisk handling*.²⁸¹ Ett litterärt verk tillfaller dessutom samhället i stort efter att ensamrätten löpt ut,²⁸² medan varumärket i princip kan monopoliseras *ad infinitum*.²⁸³

²⁷³ Ibid (2019), s. 470; Kur och Senftleben (2017), s. 337.

²⁷⁴ Kur och Senftleben (2017), s. 340.

²⁷⁵ Ibid., s. 16–19.

²⁷⁶ Wessman m.fl.(2019), s. 40; Sakulin (2011), s. 41.

²⁷⁷ Sakulin (2011), s. 66–67; Kur och Senftleben (2017), s. 341.

²⁷⁸ Kur och Senftleben (2017), s. 18–19.

²⁷⁹ Wessman m.fl. (2019), s. 40–41.

²⁸⁰ Kur och Senftleben (2017), s. 18–19.

²⁸¹ Ibid. (2017), s. 340–41.

²⁸² 4 kap. 43 § lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

²⁸³ 2 kap. 34–35 § VML; jfr. Kur och Senftleben (2017), s. 20.

Varumärkesinnehavaren har emellertid investerat tid och pengar för att skapa en viss *varumärkesimage*, vilket utifrån naturrättsliga principer kan tala för att ”frukten” av dessa ansträngningar borde tillfalla varumärkesinnehavaren.²⁸⁴ Eftersom endast *kända varumärken* tillerkänns ett anseendeskydd kan det insinuera att det är en *bedrift* från varumärkesinnehavarens sida som lyckats göra sitt varumärke välkänt.²⁸⁵

Kravet på kännedom är uppfyllt om *en betydande del av den relevanta omsättningskretsen* känner till varumärket.²⁸⁶ Den relevanta omsättningskretsen är de som berörs av varumärket och kan, beroende på den vara eller tjänst som marknadsförs, antingen vara *den breda allmänheten* eller *en viss del* (exempelvis en viss yrkeskrets).²⁸⁷ Det betyder att varumärken som endast är kända inom en *nischad* marknad kan omfattas av anseendeskyddet, vilket kan antyda att kravet på kännedom är lågt ställt.²⁸⁸ Huruvida varumärket ska anses vara känt avgörs dock inte mot bakgrund av att varumärket är känt för en viss *procentuell andel* av denna krets.²⁸⁹ Bedömningen av vilken kännedomsgrad som krävs för att varumärket ska åtnjuta ett utökat skydd är av *kvantitativ* art.²⁹⁰ Prövningen förutsätter en helhetsbedömning, där samtliga relevanta omständigheter ska beaktas, särskilt varumärkets *marknadsandel*, i hur stor *omfattning*, i vilket *geografiskt område* och *hur länge* varumärket har använts samt hur *stora investeringar* företaget har gjort för att marknadsföra varumärket. Det krävs inte att varumärket är känt i ”hela” landet, utan det räcker om endast en ”väsentlig del” av landet känner till varumärket för att skyddet ska bli aktuellt.²⁹¹

I doktrin påpekas dock att EUD:s definition och kvantitativa bedömningskriterier är problematiska. Dels för att kännedomskravet (på gott och ont) är relativt lättuppfyllt, dels för att de kvantitativa kriterierna inte gör någon distinktion mellan kännedom som skapats av varumärkesinnehavaren själv och av andra. Det ifrågasätts om det kan hävdas att det *enbart* är varumärkesinnehavarens förtjänst att varumärket har en viss *image eller goodwill*, eftersom varumärkets image även beror på hur kunderna använder produkterna. Eftersom konsumenter och all-

²⁸⁴ Kur och Senftleben (2017), s. 20.

²⁸⁵ Sakulin (2011), s. 89; jfr. C-375/97 (GM) p. 31, 25 och 27.

²⁸⁶ Arnerstål (2018), s. 110.

²⁸⁷ C-375/97 (GM), p. 24.

²⁸⁸ Sakulin (2011), s. 75; Kur och Senftleben (2017), s. 345–46.

²⁸⁹ C-375/97 (GM), p. 25.

²⁹⁰ Prop. 2009/10:225, s. 125; C-375/97 (GM), p. 22–23.

²⁹¹ C-375/97 (GM), p. 27–28.

mänheten bidrar till att ge varumärken sin komplexa karaktär anser *Kur och Senfleben* att det talar för att de borde ha rätt att använda varumärket i kulturella, politiska och sociala yttranden.²⁹²

Ovanstående teorier tycks inte kunna rättfärdiga skyddet för varumärkets goodwill. Trots denna problematik är det väletablerat inom varumärkesrätten att kända varumärken tillerkänns ett anseendeskydd. *Kur och Senfleben* betonar emellertid att man bör ha problematiken i åtanke vid tillämpning av anseendeskyddet.²⁹³

²⁹² Kur och Senfleben (2017), s. 20–24 och 345–46; Sakulin (2011), s. 91.

²⁹³ Kur och Senfleben (2017), s. 16–21 och 341.

5 Om varumärkesintrång

5.1 Inledning

Kärnan i varumärkesskyddet är att ingen annan än varumärkesinnehavaren, eller någon med dennes samtycke, i näringsverksamhet får använda varumärket på ett skadligt sätt.²⁹⁴ Varumärkesinnehavaren kan hindra tredje man från att använda dennes varumärke, eftersom viss användning utgör varumärkesintrång.²⁹⁵ Om intrångsrekvisiten däremot inte uppfylls kan varumärkesinnehavaren inte motsätta sig användningen eftersom den då faller utanför ensamrätten. Således kan det påstås att varumärkesrätten innehåller *inneboende ensamrättsbegränsningar* som säkerställer tredje mans yttrandefrihet.²⁹⁶

Frågan är då om ideella organisationer använder det *kända varumärket*²⁹⁷ i varumärkesrättslig mening om de skapat en varumärkesparodi och använder den i en kritisk kampanj eller i konst. För att tredje mans varumärkesanvändning ska utgöra varumärkesintrång enligt det utökade skyddet i 1 kap. 10 § 1 st. 3 p. VML krävs att:

1. det omtvistade kännetecknet är *identiskt eller liknar* det äldre kända varumärket, oavsett om användningen avser varor av samma, liknande eller annat slag, och
2. att handlingen utgör *användning i näringsverksamhet för varor eller tjänster*, och
3. att användningen, *utan skäligen anledning, snyltar på, urvattnar eller nedsvärtar* det kända varumärket.²⁹⁸

De uppräknade rekvisiten utreds i avsnitten nedan. Intrångsbedömningen av domstolen görs utifrån helhetsintrycket varumärket gör hos genomsnittskonsumenten i den relevanta omsättningskretsen som antas vara normalt informerad och skäligen uppmärksam och upplyst.²⁹⁹ Enligt *Levin och Hellstadius* bör bedömningen ske i form av en helhetsvärdering av om tredje mans varumärkesanvändning innebär otillbörligt utnyttjande eller riskerar att skada varumärket.³⁰⁰

²⁹⁴ Levin och Hellstadius (2019), s. 465–66.

²⁹⁵ Pila och Torremans (2019), s. 379.

²⁹⁶ Senftleben (2015), s. 363.

²⁹⁷ Se avsnitt 1.3 och 1.6.

²⁹⁸ Prop. 2017/18:267, s. 138, 146 och 227; Arnerstål (2018), s. 112–13.

²⁹⁹ C-342/97 (Lloyd), p. 26; se Pila och Torremans (2019), s. 381.

³⁰⁰ Levin och Hellstadius (2019), s. 486.

5.2 Ett identiskt eller liknande varumärke

För att anseendeskyddet skulle vara tillämpligt krävdes det enligt tidigare svensk praxis att de båda varumärkena var *identiska eller i hög grad överensstämmande*, vilket principiellt innebar ett högre krav på likhet än vad som följer av förväxlingsbarhet enligt 1 kap. 10 § 1 st. 1–2 p. VML.³⁰¹ EUD har dock konstaterat att för att det yngre varumärket ska anses *identiskt eller liknande* med det äldre varumärket, ska det finnas ett visst mått av likhet mellan varumärkena som medför att omsättningskretsen *förknippar* dem med varandra,³⁰² exempelvis att det yngre märket för tankarna till det äldre varumärket genom *association*.³⁰³ Det krävs dock inte att omsättningskretsen regelrätt *förväxlar* dem.³⁰⁴ Det räcker att *graden av likhet* mellan varumärkena får till följd att omsättningskretsen får uppfattningen att det finns ett *samband* mellan dem.³⁰⁵ Den tidigare mer stränga tolkningen som görs i NJA 1995 s. 635 (Galliano) torde inte längre gälla eftersom VML ska tolkas enligt EUD:s praxis.³⁰⁶

Sambandet mellan det yngre och det äldre märket har definierats av *generaladvokat Sharpston* som ”en mental process ovanför medvetandetröskeln,”³⁰⁷ dvs. en *mental länk* mellan det yngre och det äldre kännetecknet.³⁰⁸ Utan denna länk antas det omtvistade märket inte kunna dra otillbörlig fördel av eller vara till skada för det kända varumärket.³⁰⁹ Att det äldre varumärket är välkänt innebär dock inte att det finns ett samband mellan det yngre och det äldre märket.³¹⁰ Vid prövning om det finns ett samband mellan märkena ska det göras en helhetsbedömning mot bakgrund av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet.³¹¹ EUD har konstaterat att ju mer de båda varumärkena liknar varandra, desto större är sannolikheten att det yngre varumärket kommer att föra omsättningskretsens tankar

³⁰¹ NJA 1995 s. 635 (Galliano); prop. 2009/10:225, s. 125.

³⁰² C-252/07 (Intel), p. 30–31.

³⁰³ Ibid., p. 57 och 60; jfr. Arnerstål (2018), s. 111.

³⁰⁴ C-102/07 (Adidas och adidas Benelux), p. 41; C-408/01 (Adidas-Salomon), p. 29 och 31; jfr. C-251/95 (Sabel).

³⁰⁵ C-425/98 (Marca Mode), p. 34, 36 och 40–41; C-408/01 (Adidas-Salomon), p. 29 och 31 (jfr. p. 24–30); C-252/07 (Intel), p. 30–32; C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 36.

³⁰⁶ Prop. 2009/10:225, s. 126.

³⁰⁷ GA Sharpston i C-252/07 (Intel), p. 46.

³⁰⁸ C-252/07 (Intel), p.31; jfr. Arnerstål (2018), s. 111–12.

³⁰⁹ C-252/07 (Intel), p. 31; jfr. Arnerstål (2018), s. 112.

³¹⁰ C-252/07 (Intel), p. 64; C-115/19 P (CCB), p. 59.

³¹¹ C-252/07 (Intel), p. 41–42 (se närmare p. 41–64); C-408/01 (Adidas-Salomon), p. 30; C-102/07 (Adidas och adidas Benelux), p. 42.

till det äldre varumärket.³¹² Sannolikheten att användningen av det yngre varumärket drar otillbörlig fördel eller skadar det äldre varumärket är större ju starkare och mer direkt det yngre varumärket för tankarna till det äldre varumärket.³¹³

Av praxis framgår att det här sambandet i sig är tillräckligt för att anseendeskyddet ska bli tillämpligt.³¹⁴ Enligt *Sakulin* skulle detta låga krav kunna omfatta all form av användning som skapar en länk mellan det kända märket och tredje mans märke, vilket omfattar såväl kommersiell användning såsom användning i icke-kommersiellt eller blandade yttranden i varumärkesparodier, kritik och konst.³¹⁵ *Kur och Senfleben* instämmer med *Sakulin* och hävdar att även *dekorativ varumärkesanvändning* kan utgöra intrång i anseendeskyddet.³¹⁶ Detta omfattande skydd mot tredje mans varumärkesanvändning ökar konfliktrisken mellan ensamrätten till kända märken och tredje mans yttrandefrihet.³¹⁷

Det går inte hävda att *alla* varumärkesparodier automatiskt uppfyller sambandskravet eftersom det måste göras en enskild bedömning i varje fall. Parodierande varumärkesutnyttjande bygger dock mer på en förlitan på betraktarens intellektuella associationsförmåga än dennes förmåga att uppfatta en faktiskt förväxlingsbar likhet med ett annat varumärke.³¹⁸ Då varumärkesparodin torde eftersträva att så långt som möjligt likna det ursprungliga varumärket, eftersom parodieffekten annars går förlorad,³¹⁹ kan det antas att det i de allra flesta fall torde gå att etablera ett samband mellan varumärkesparodin och det ursprungliga varumärket.

³¹² C-252/07 (Intel), p. 44.

³¹³ Ibid., p. 67–69; C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 41 och 43; jfr. Arnerstål (2018), s. 112.

³¹⁴ C-408/01 (Adidas-Salomon), p. 31; C-102/07 (Adidas och adidas Benelux), p. 41; jfr. Kur och Senfleben (2017), s. 348.

³¹⁵ Sakulin (2011), s. 263.

³¹⁶ Kur och Senfleben (2017), s. 348; se det tyska målet *Lila Postkarte* som nämns under 5.3.3. och 5.5.

³¹⁷ C-408/01 (Adidas-Salomon), p. 39; Kur och Senfleben (2017), s. 348.

³¹⁸ Nordell (1992), s. 505; Pehrson (1989), s. 533.

³¹⁹ Se avsnitt 2.2.

5.3 Användning i näringsverksamhet för varor eller tjänster

5.3.1 ”Användning”

I 1 kap. 10 § 2 st. VML anges en lista på vad varumärkesrättslig användning *kan* innebära,³²⁰ vilket är att förse varor eller deras förpackningar med varumärket, bjuda ut varorna till försäljning, föra ut dem på marknaden, lagra dem för dessa ändamål eller bjuda ut eller tillhandahålla tjänster under varumärket, importera eller exportera varor under varumärket, använda kännetecknet som ett företagsnamn eller ett annat näringskännetecken eller som en del av ett företagsnamn eller ett annat näringskännetecken, och använda varumärket i affärshandlingar och reklam. Listan är dock inte uttömmande enligt praxis,³²¹ vilket innebär att fler handlingar kan omfattas av ensamrätten.³²² Av svenska förarbeten framgår att muntlig användning och varumärkesanvändning på internet, omfattas av ensamrätten, trots att det inte anges i VML.³²³ *Bernitz m.fl.* beskriver det som att ensamrätten omfattar i princip *all användning* som sker *i näringsverksamhet*.³²⁴

Användning måste dock utgöra *aktiva handlingar av tredje man*.³²⁵ EUD konstaterade i C-129/17 (Mitsubishi) att avlägsnandet av ett varumärke (debranding), kombinerat med en om-märkning av varor (rebranding) kan utgöra varumärkesanvändning, p.g.a. den aktiva handlingen.³²⁶ Det utgör *inte användning* i varumärkesrättslig mening att *skapa tekniska förutsättningar* för att tredje man ska få möjlighet att använda ett varumärke.³²⁷ Det fastslogs bl.a. i C-236–238/08 (Google), som handlade om att Google tillhandahöll och tog betalt för sin tjänst Ad Words, som tillåter annonsörer att köpa sökord som är identiska med kända varumärken och som visas tillsammans med sökresultatet.³²⁸ EUD ansåg att handlingen skedde *i näringsverksamhet*, men inte att Google själv *använde varumärkena* i varumärkesrättslig mening, eftersom Google inte använde de aktuella varumärkena i

³²⁰ Observera att formuleringen i VML skiljer sig från den i artikel 10(3) varumärkesdirektivet, där det istället står ”följande handlingar får särskilt förbjudas.”

³²¹ C-206/01 (Arsenal) p. 38; C-48/05 (Opel) p. 16; C-236-238/08 (Google) p. 65; C-129/17 (Mitsubishi), p. 38-39.

³²² Prop. 2009/10:225, s. 406.

³²³ Prop. 2009/10:225, s. 129.

³²⁴ Bernitz m.fl., (2017), s. 294.

³²⁵ C-179/15 (Daimler) p. 39–42; C-129/17 (Mitsubishi) p. 48 (jfr. p. 38–39).

³²⁶ C-129/17 (Mitsubishi), p. 48 jfr. p. 38 med hänvisning till C-179/15 (Daimler) p. 40.

³²⁷ C-236–238/08 (Google), p. 56–57; jfr. liknande fall, p. 30 C-119/10 (Winters mot Redbull); C-379/14 (TOP Logistics), p. 45.

³²⁸ C-236–238/08 (Google), p. 22–27.

sin egen kommersiella kommunikation.³²⁹ Annonserarna som köpte varumärkesskyddade sökord och använde dem i reklam ansågs emellertid använda varumärket i näringsverksamhet.³³⁰

Även om användningsbegreppet framstår som omfattande torde det inte falla inom användningsbegreppet att enbart skapa en varumärkesparodi. Om varumärkesparodin däremot förses på en vara (exempelvis affischer, T-shirt, tygkassar, tavla m.m.) torde användningskravet kunna uppfyllas. Att använda varumärkesparodin i *reklambudskap* torde också falla in under användningskravet eftersom tredje man då använder varumärket i sin marknadskommunikation.³³¹ *Penninginsamlingar för välgörande ändamål* är upptaget i listan av tjänster i klass 36 i *Niceöverenskommelsen*, och torde därmed utgöra en tjänst vilken kan tillhandahållas under varumärket, dvs. varumärkesparodin.³³²

5.3.2 ”Inte sker privat utan i samband med en affärsverksamhet som syftar till att ge ekonomisk vinst”

Traditionellt har varumärkesanvändning i avsättningsfrämjande syfte ansetts utgöra användning i näringsverksamhet i varumärkesrättslig bemärkelse, men enligt Nordell är gränsen mellan annan användning och användning i näringsverksamhet fortfarande oklar.³³³ Varken VML eller varumärkesdirektivet ställer upp specifika gränser för när en handling anses vidtas i näringsverksamhet.³³⁴ EUD tolkade rekvisitet i C-206/01 (Arsenal), och konstaterade att varumärkesanvändning i näringsverksamhet inträffar när användningen ”inte sker privat utan i samband med en affärsverksamhet som syftar till att ge ekonomisk vinst.”³³⁵ EUD har återkommande hänvisat till formuleringen³³⁶ som därmed torde vara en väletablerad tolkning. Det har dock framförts att formuleringen inte tydliggjort vad som utgör regelrätt varumärkesanvändning.³³⁷

³²⁹ Ibid. p. 55–57.

³³⁰ Ibid., p. 99.

³³¹ Ibid. p. 55–57.

³³² Jfr. GA Mazák i C-442/07 (Verein Radetzky-Orden) p. 27–28.

³³³ Nordell (2003), s. 410; jfr. även MPI (2011), s. 108–9.

³³⁴ Nordell (2003), s. 409–10.

³³⁵ C-206/01 (Arsenal), p. 40.

³³⁶ Exempelvis C-48/05 (Opel), p. 18; C-17/06 (Céline), p. 17; C-533/06 (O2 Holdings), p. 60; C-62/08 (UDV), p. 44; C-236-238/08 (Google), p. 50.

³³⁷ Geiger (2007), s. 324.

Utifrån formuleringen i lagtext och praxis framgår att ensamrätten är begränsad till varumärkesanvändning i en *kommersiell kontext*. Att använda annans varumärke *privat*, i exempelvis studier, politiska debatter, undervisning eller forskning torde som utgångspunkt *inte* utgöra *användning i näringsverksamhet*.³³⁸ EUD har även konstaterat att privatpersoner kan sälja vidare märkesvaror på elektroniska marknadsplatser utan att det anses ske i näringsverksamhet. Går försäljningen utöver *rent privat verksamhet*, p.g.a. försäljningsvolym och frekvens, får privatpersonen dock anses agera inom ramen för näringsverksamhet.³³⁹ Kritik riktad mot ett varumärke som en enskild exempelvis laddat upp på en icke-kommersiell hemsida borde inte falla inom begreppet *i näringsverksamhet*.³⁴⁰

Ensamrätten omfattar alltså *inte all* varumärkesanvändning.³⁴¹ Varumärkesanvändning som sker *utanför näringsverksamhet* får varumärkesinnehavaren tåla. I några EU-länders nationella domstolar har man tillåtit tredje mans varumärkesanvändning i syfte att parodiera och kritisera varumärket eftersom domstolarna ansett att användningen *inte* skedde i näringsverksamhet.³⁴²

Tröskeln för att uppfylla rekvisitet framgår av doktrin vara låg,³⁴³ och begreppet *näringsverksamhet* har givits en vid innebörd inom varumärkesrätten.³⁴⁴ Det är ointressant *hur* verksamheten bedrivs för att avgöra om det är fråga om näringsverksamhet; verksamheten kan bedrivas såväl *offentligt* som *privat*.³⁴⁵ Dessutom uppställs inget krav på att näringsverksamheten ska bedrivas av den som agerar i näringsverksamhet. I NJA 2008 s. 1082 (North Face) ansågs en pappa ha agerat i näringsverksamhet när han importerade ett flertal varumärkesförfälskade jackor för sin dotters räkning. Dottern bedrev en ridskoleverksamhet och skulle ge jackorna i julgåva till sin personal. Högsta domstolen (HD) konstaterade att det inte uppställs något krav på att svaranden själv bedriver affärsverksamheten, utan det räcker att det har *samband med verksamheten*.³⁴⁶ En kommissionär som använde annans varumärke för att saluföra varor för annan aktörs räkning ansågs använda varumärket i näringsverksamhet, även om handlingen utfördes på annan aktörs begäran.³⁴⁷ Nordell påpekar även om det inom ramen för konstnärlig verksamhet

³³⁸ Kur och Senftleben (2017), s. 279.

³³⁹ C-324/09 (L'Oréal/eBay), p. 54–55.

³⁴⁰ Kur och Senftleben (2017), s. 431.

³⁴¹ Arnerstål (2018), s. 19.

³⁴² Se nationell praxis i Pila och Torremans (2019), s. 384.

³⁴³ Kur och Senftleben (2017), s. 279; Nordell (2003), s. 410.

³⁴⁴ Granmar (2003), s. 52; Nordell (2004), s. 398.

³⁴⁵ Granmar (2003), s. 52; Levin och Hellstadius (2019), s. 442.

³⁴⁶ NJA 2008 s. 1082 (North Face); jfr. C-206/01 (Arsenal), p. 40; C-48/05 (Adam Opel), p. 18; jfr. även C-772/18 (A mot B).

³⁴⁷ C-62/08 (UDV), p. 44–46 och 51.

bör vara fritt att använda annans varumärke, verkar konstnärer faktiskt inom en avsättningsfrämjande verksamhet.³⁴⁸

Vidare kan tredje mans varumärkesanvändning i en politisk eller kulturell kontext utgöra *användning i näringsverksamhet* så snart användningen innehåller en *kommersiell aktivitet*, exempelvis vid marknadsföring och försäljning av varor med kritiska budskap.³⁴⁹ Som nämntes ovan har *Sakulin* påpekat att varumärkesanvändningen idag ofta är *blandad*,³⁵⁰ och *Granmar* hävdar likaså att symbolanvändning överlag kan ha mer eller mindre kommersiella implikationer.³⁵¹

Det saknas krav på att verksamheten måste vara *vinstgivande*,³⁵² verksamheten ska enbart ha ett *vinstsyfte*.³⁵³ Det talar för att ideella organisationer inte borde falla inom näringsverksamhetsbegreppet eftersom deras huvudsyfte inte torde vara att gå med vinst. Ideella organisationers syfte är istället att främja vissa ändamål,³⁵⁴ exempelvis skydda miljö, djur och kultur.³⁵⁵ *Medlen* för att uppnå ändamålen kan emellertid anses utgöra näringsverksamhet,³⁵⁶ genom att den ideella föreningen exempelvis erbjuder varor eller tjänster, tar ut medlemsavgifter eller erhålla donationer från allmänheten.³⁵⁷ I C-442/07 (Verein Radetzky-Orden) konstaterade EUD att ideella organisationer kan agera i näringsverksamhet. EUD ansåg att det inte är av avgörande betydelse att utbudandet av varor görs utan vinstsyfte, eftersom det inte utesluter att organisationen kan ha till syfte att skapa och bibehålla avsättningsmöjligheter för sina varor.³⁵⁸ Målets generaladvokat framhöll att ideella organisationer är marknadsaktörer som förvärvar och tillhandahåller varor och tjänster, och kan konkurrera i syfte att erhålla donationer från allmänheten och följaktligen bedriva näringsverksamhet. Att hävda att ideella

³⁴⁸ Nordell (2004), s. 400; jfr. även Ricolfi (2015), s. 486–87; Kur och Senftleben (2017), s. 427–31.

³⁴⁹ Kur och Senftleben (2017), s. 279.

³⁵⁰ Se mening vid fotnot 219 i avsnitt 3.4.

³⁵¹ Granmar (2016), s. 8.

³⁵² Vilket HD konstaterade i NJA 2008 s. 1082 (North Face); Levin och Hellstadius (2019), s. 442.

³⁵³ Maunsbach, *Varumärkeslag (2010:1877) 1 kap. 10 §, Lexino lagkommentar 2014-11-19 (JUNO)*; C-206/01 (Arsenal), p. 40.

³⁵⁴ Granmar (2003), s. 52.

³⁵⁵ GA Mazák i C-442/07 (Verein Radetzky-Orden), p. 25 (se särskilt not 11 i yttrandet).

³⁵⁶ Granmar (2003), s. 52.

³⁵⁷ GA Mazák i C-442/07 (Verein Radetzky-Orden), p. 27.

³⁵⁸ C-442/07 (Verein Radetzky-Orden), p. 16–17; Målet rörde en ideell förenings möjlighet till varumärkesskydd, och det framgår att ideella organisationer kan registrera varumärken, oberoende av om de har ett kommersiellt vinstintresse.

organisationer *inte* kan verka i kommersiella sammanhang ansåg generaladvokaten vara orealistiskt.³⁵⁹

Ideella organisationer kan alltså anses agera i näringsverksamhet och skulle därmed kunna uppfylla näringsverksamhetsrekvisitet. Eftersom medlen för att uppnå ändamålen kan anses vara näringsverksamhet torde det inte vara av betydelse ifall den ideella organisationens vinst skänks till andra än organisationen.³⁶⁰

5.3.3 ”För varor eller tjänster”

Varumärket ska användas *för varor eller tjänster*.³⁶¹ Tredje man måste använda varumärket *som ett varumärke*,³⁶² dvs, som *medel för att särskilja varor eller tjänster*.³⁶³ Kravet gäller oavsett om det rör intrång i det grundläggande eller utökade skyddet.³⁶⁴

Det utökade skyddet gäller såväl inom som utom varuslagsgränserna. Dock betonas det i svenska förarbeten att ensamrätten enbart omfattar användning för varor eller tjänster, vilket betyder att *annan slags användning* faller utanför ensamrätten.³⁶⁵ I SOU 2001:26 utreddes frågan om det utökade skyddet skulle utökas ytterligare, genom att införa den *frivilliga* bestämmelsen i artikel 10(6) varumärkesdirektivet i Sverige. Artikeln tillåter medlemsstaterna att införa bestämmelser som skyddar varumärkesinnehavaren mot obehörig användning för *andra ändamål* än att särskilja varor eller tjänster. I Sverige har bestämmelsen dock inte införts.³⁶⁶

Rekvisitet *för varor eller tjänster* anses uppfyllt när tredje man använder varumärket så att det ger intryck av att ett samband föreligger mellan nämnda kännetecken och de varor som tredje man saluför eller de tjänster han tillhandahåller.³⁶⁷ Enligt *Kur och Senftleben* har rekvisitet *användning för varor eller tjänster* getts en flexibel innebörd, och att kravet för att uppfylla rekvisitet är lågt.³⁶⁸ Istället för att fungera som ett ”filter” som utesluter all form av användning där varumärket inte används på ett traditionellt sätt, d.v.s. för att ange kommersiellt ursprung, kan tredje

³⁵⁹ GA Mazák i C-442/07 (Verein Radetzky-Orden) p. 27–28.

³⁶⁰ Se stycket vid fotnot 444 nedan.

³⁶¹ Senftleben (2015), s. 363–64.

³⁶² Bohaczewski (2020), s. 861–67; GA Jacobs i C-408/01 (Adidas-Salomon), p. 61 och 65.

³⁶³ Bernitz m.fl. (2017), s. 295.

³⁶⁴ C-63/97 (BMW), p. 38; C-17/06 (Céline), p. 20; Bohaczewski (2020), s. 861–62.

³⁶⁵ Prop. 2009/10:225, s. 126–27.

³⁶⁶ Ibid. s. 116 och 129; SOU 2001:26, s. 263–69.

³⁶⁷ C-236–238/08 (Google) p. 72; C-17/06 (Céline), p. 23; C-62/08 (UDV), p. 47.

³⁶⁸ Kur och Senftleben (2017), s. 287–91 och 375–78.

mans *hänvisning* till annans varumärke vara tillräckligt för att utlösa intrångsbestämmelsen.³⁶⁹ Även *jämförande reklam* utgör varumärkesanvändning eftersom annonsören använde varumärkesinnehavarens märke för att särskilja annonsörens varor eller tjänster från varumärkesinnehavaren.³⁷⁰ Även om kravet är lågt torde rekvisitet inte tolkas så brett att det är tillräckligt att varumärket påminner om varumärkesinnehavarens varor eller tjänster. Uttrycket för *varor eller tjänster* avser *de varor eller tjänster som tillhandahålls av tredje man* som använder ett kännetecken som är identiska med eller liknar varumärket.³⁷¹

Ensamrätten omfattar alltså tredje mans användning av varumärket som medel för att särskilja varor eller tjänster. Enligt *Bernitz m.fl.* innebär detta att det är tillåtet att använda ett varumärke som *prydnadsmönster*.³⁷² EUD har konstaterat att om den berörda allmänheten endast uppfattar ett tecken som en *utsmyckning* omfattas tecknet inte av varumärkesinnehavarens ensamrätt.³⁷³ Detta skulle kunna tala för att ideella organisationer kan hävda att de inte använder varumärket som ett varumärke utan enbart *utsmyckning* i sin konst, sina tröjor eller kritiska kampanjaffischer.

Som dock nämndes ovan, och även framgår av C-408/01 (Adidas-Salomon), utgör omständigheten att konsumenten uppfattar ett tecken som utsmyckning inte i sig hinder för tillämpligheten av anseendeskyddet. Om den berörda allmänheten p.g.a. märkeslikheten får uppfattning att det finns ett samband mellan tredje mans tecken och det kända varumärket kan anseendeskyddet bli tillämpligt.³⁷⁴ Att använda varumärket som *utsmyckning* ansågs i det tyska målet *Lila Postkarte* utgöra varumärkesanvändning.³⁷⁵ I det aktuella målet såldes lila vykort med en ko och en humoristisk dikt. Dikten var signerad av den fiktiva poeten Rainer Maria Milka, vilken anspelade på namnet på en känd tysk författare vid namn Rainer Maria Rilke. Den lila bakgrunden påminde om den lila färg som var varumärkesskyddad av chokladtillverkaren Milka och tyska federala domstolen

³⁶⁹ Senftleben (2015), s. 363–64; C-63/97 (BMW), p. 42.

³⁷⁰ C-533/06 (O2 Holdings), p. 35–36; C-236–238/08 (Google), p. 70–71; Senftleben (2015), s. 364.

³⁷¹ C-690/17 (ÖKO-Test), p. 29 och 35; jfr. Bohaczewski (2020), s. 863.

³⁷² Bernitz m.fl. (2017), s. 295; C-408/01 (Adidas-Salomon); NJA 1937 s. 209 (Chalmersringen).

³⁷³ C-408/01 (Adidas-Salomon), p. 41.

³⁷⁴ Se stycket om dekorativ varumärkesanvändning i avsnitt 5.2; C-408/01 (Adidas-Salomon), p. 39.

³⁷⁵ *Lila Postkarte* I Z R 159/02, den 3 februari 2005: BGH [2005] GRUR 583; citerad från Kur och Senftleben (2017), s. 348–49 och 365–66; Fhima (2013), s. 307; Senftleben (2015), s. 364–65.

(BGH) ansåg att Milkas varumärke använts på ett sätt som gjorde att den omfattades av artikel 10(2)(c) varumärkesdirektivet. Trots att varumärket användes som *utsmyckning* ansågs det utgöra intrångsgörande varumärkesanvändning. BGH ansåg att det var tillräckligt att konsumenter *förknippade* vykortet med det välkända varumärket Milka. Användningen ansågs dra otillbörlig fördel av Milkas rykte eftersom hela poängen med den skämtsamma dikten på det lila vykortet inte hade fungerat om konsumenten inte uppfattade sambandet mellan kortet och Milkas varumärke. Den inneboende begränsningen av varumärkesrättigheten att använda ett varumärke *som ett varumärke* var således ett otillräckligt skydd för friheten att göra varumärkesparodier. BGH fick istället tillämpa rekvisitet *skälig anledning* – vilket behandlas i avsnitt 5.5 – för att motivera att intrång ändå inte skett.³⁷⁶

I C-206/01 (Arsenal) argumenterade svarande för att det varumärkesskyddade ordmärket ”Arsenal” inte hade använts för att peka ut det kommersiella ursprunget av varorna, utan syftet var att visa lojalitet mot fotbollsklubben.³⁷⁷ Svarande hävdade därmed att varumärket inte *användes som ett varumärke* och följaktligen var det inte fråga om *varumärkesanvändning*. Utifrån detta synsätt skulle varumärkesanvändning i symbolisk betydelse inte omfattas av ensamrätten.³⁷⁸ EUD fastslog dock att det är irrelevant i vilket syfte som tredje man använt varumärket, utan det är användningens inverkan på det skyddade märket som är relevant.³⁷⁹ Bedömningen utgår alltså från ett *varumärkescentrerat* perspektiv, och från den *inverkan* tredje mans varumärkesanvändning har på varumärkets egenskaper.³⁸⁰

Rekvisitet *användning i näringsverksambet för varor eller tjänster* kan fungera som ”filter” som garanterar att kulturella och sociala former av användning inte faller inom varumärkets ensamrätt. Det påpekas dock i doktrin att genom EUD:s praxis har dessa skydds krav kontinuerligt försvagats, och utgör nödvändigtvis inte längre ett hinder för varumärkesinnehavare som söker skydd.³⁸¹ Rekvisitet exkluderar icke-kommersiell varumärkesanvändning i konstnärliga, politiska eller parodiska syften från intrång. Dock blir rekvisitet otillräckligt när det rör sig om *blandade yttranden*, där den icke-kommersiella varumärkesanvändningen sker i en kommersiell kontext och används för varor eller tjänster.³⁸²

³⁷⁶ Senftleben (2015), s. 364.

³⁷⁷ C-206/01 (Arsenal), p. 31.

³⁷⁸ Arnerstål (2018), s. 97.

³⁷⁹ C-206/01 (Arsenal), p. 62.

³⁸⁰ Arnerstål (2018), s. 98.

³⁸¹ Senftleben (2015), s. 363 och 376; Sakulin (2011), s. 237; Nordell (2004), s. 400.

³⁸² Żelechowski (2018), s. 118–19.

I doktrin framförs å ena sidan en oro för att ensamrätten utvidgas för mycket. Om ensamrätten utvidgas så pass att den kommer in i den konstnärliga, politiska och sociala sfären kan konsekvensen bli att tredje man *avskräcks* från att använda varumärket, och därmed hämma den konstnärliga, politiska och sociala debatten.³⁸³ Å andra sidan, även om det står var och en fritt att använda annans varumärke *utanför näringsverksambet*, bör möjligen vissa kulturbeteenden även ses i ljuset av de konsekvenser som sådan användning kan medföra för varumärket. Nordell påpekar att en allt för omfattande konstnärlig eller parodierande användning i längden kan verka försvagande eller urvattnande av varumärkets särskiljningsförmåga eller uppfattas som ett otillbörligt utnyttjande av varumärkets *mening*.³⁸⁴

5.4 Otillbörlig fördel eller skada

Att konstatera att det föreligger ett *samband*, eftersom varumärkesparodin är identisk eller liknar det äldre kända varumärket, är i sig inte tillräckligt för att konstatera intrång i anseendeskyddet. Varumärkesparodin måste även användas på ett sätt som *drar otillbörlig fördel* (snyltar) eller *skadar det äldre varumärkets särskiljningsförmåga eller anseende* (urvattna eller nedvärdera),³⁸⁵ oavsett om användningen avser varor eller tjänster av samma, liknande eller annat slag.³⁸⁶ Det räcker att ett av dessa utnyttjande anses ske för att skyddet ska vara tillämpligt.³⁸⁷

Varumärkesinnehavaren måste styrka att den typen av intrång förekommer, eller i vart fall att det är möjligt att förutse att det yngre varumärket kan komma att användas på ett sätt att inverkan av detta slag uppstår.³⁸⁸

Med *snyltning* menas att tredje man drar otillbörlig fördel av varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé och vikt fästs vid *fördelen* användningen inneburit för tredje man.³⁸⁹ Enligt *Wessman m.fl.* behöver inte snyltningen ”vara resultatet av ett medvetet försök” från tredje man att dra fördel av det kända varumärket, utan det är tillräckligt att det med en objektiv måttstock kan fastslås att det yngre varumärket får en fördel p.g.a. närheten till det kända varumärket.³⁹⁰ EUD har

³⁸³ Sakulin (2011), s. 237; se även Senftleben (2015), s. 376.

³⁸⁴ Nordell (2004), s. 401.

³⁸⁵ C-252/07 (Intel), p. 31–32.

³⁸⁶ Prop. 2017/18:267, s. 138, 146 och 227; C-292/00 (Davidoff); Arnerstål, (2018), s. 107 och 112–13; Kur och Senftleben (2017), s. 337–38.

³⁸⁷ C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 42; C-252/07 (Intel), p. 28.

³⁸⁸ C-252/07 (Intel) p. 37–38; jfr. Arnerstål (2018), s. 113.

³⁸⁹ C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 41.

³⁹⁰ Wessman m.fl. (2019), s. 49; jfr. C-487/07 (L'Oréal/Bellure).

beskrivit det som att tredje man försöker placera sig i det kända varumärkets *kölvatten*.³⁹¹ Begreppet otillbörlig fördel åsyftar risken att varumärkets image eller varumärkets förmedlade egenskaper överförs till de varor eller tjänster som omfattas av det yngre varumärket.³⁹² Enligt praxis inträffar otillbörlig fördel när tredje mans varumärkesanvändning drar fördel av det äldre varumärkets anseende, attraktionsförmåga och prestige samt vid utnyttjande av den kommersiella ansträngning som varumärkesinnehavaren gjort för att skapa och befästa bilden av varumärket.³⁹³

I doktrin påpekas att snyltningsbegreppet är problematiskt. Dels för att det påtagligt utvidgat ensamrätten för kända varumärken,³⁹⁴ dels att bedömningen fäster vikt vid fördelen som användningen inneburit för tredje man³⁹⁵ och att det inte förutsätts att någon *egentlig skada* uppstår för varumärkesinnehavaren.³⁹⁶ Genom att ensidigt fokusera på fördelen påminner skyddet mer om ett *investerings-skydd*,³⁹⁷ vilket anseendeskyddet dock verkar vara tänkt att vara.³⁹⁸ Kritiken som framförts är att denna expansiva tolkning riskerar att begränsa yttrandefriheten bl.a. i förhållande till varumärkesparodier.³⁹⁹ Enligt *Sakulin* är en konsekvens av det omfattande skyddet mot snyltning att jämförande reklam, hänvisning och även beskrivande användning av varumärke kan vara intrångsgörande.⁴⁰⁰ *Senftleben* påstår dessutom att kravet för att dra otillbörlig fördel är lågt ställt.⁴⁰¹ Enligt *Schovsbo* kan varumärkesinnehavare hävda att ideella organisationer som använder varumärket i varumärkesparodier eller kritiska kampanjer som kommersialiserar, samt konstnärer som använder ett känt varumärke i sin konst och sedan säljer tavlan i någon mån snyltar på varumärket.⁴⁰²

Urvattning uppstår när det äldre varumärkets förmåga att ange att varorna härrör från varumärkesinnehavaren *försvagas* p.g.a. användningen av det yngre varumärket.⁴⁰³ Kärnan i urvattningsskyddet är att varumärkets *särskiljningsförmåga* skadas, vilket gör att varumärket inte längre väcker en omedelbar *association* till dess varor

³⁹¹ C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 49; Senftleben (2013), s. 152.

³⁹² Arnerstål (2018), s. 117; jfr. T-215/03 (Vips) p. 40.

³⁹³ C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 49.

³⁹⁴ Arnerstål (2018), s. 117 och 224–27.

³⁹⁵ C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 41.

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 43.

³⁹⁷ Arnerstål (2018), s. 225; jfr. kritiken som framförts generellt mot anseendeskyddet i avsnitt 4.4.

³⁹⁸ Se avsnitt 4.4.

³⁹⁹ Arnerstål (2018), s. 225–26; Fhima (2013), s. 303–307.

⁴⁰⁰ Sakulin (2011), s. 267.

⁴⁰¹ Senftleben (2013), s. 152.

⁴⁰² Schovsbo (2018), s. 577.

⁴⁰³ C-252/07 (Intel), p. 29; C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 39.

eller tjänster.⁴⁰⁴ Urvattningsbegreppet omfattar även användning som medverkar till att varumärket degenereras.⁴⁰⁵ För att innehavaren av ett känt varumärke ska kunna skyddas på ett effektivt sätt mot urvattning har EUD konstaterat att varumärkesinnehavaren inte behöver invänta slutet av urvattningsprocessen.⁴⁰⁶ Beviskravet för att urvattning ska anses föreligga förefaller dock vara strängt⁴⁰⁷ eftersom varumärkesinnehavaren måste påvisa en förändring (eller i framtiden verklig risk för förändring) i det ekonomiska beteendet hos genomsnittskonsumerten som beror på tredje mans varumärkesanvändning.⁴⁰⁸ Beteendeförändringen utgör ett objektiva villkor som inte kan bevisas enbart p.g.a. subjektiva omständigheter, exempelvis konsumenternas uppfattning.⁴⁰⁹

Med *nedsvärtning* menas att varumärkets *anseende* skadas.⁴¹⁰ Nedsvärtning uppkommer när den påstått intrånggörande användningen riskerar att minska det äldre varumärkets attraktionsförmåga. Risk för sådan skada uppkommer när de varor som erbjuds av tredje man har egenskaper eller kvalitéer som kan medföra *negativt* inflytande av bilden av varumärket.⁴¹¹ Exempel på otillåten användning är om varumärket används i en anstötlig, förnedrande eller olämplig kontext, alternativt att varumärket och/eller dess varor används i en kontext som är oförenlig med den image som varumärkesinnehavaren skapat för varumärket. Varumärkesinnehavaren måste dock lyckas visa att dennes varumärke ger upphov till vissa associationer eller har en viss image.⁴¹²

Förlöjligande eller nedsättande framställning av varumärken i konst, varumärkesparodier, protestaktioner och opinionsbildning torde kunna skada varumärkets anseende, vilket kan få kommersiella återverkningar för varumärkesinnehavaren.⁴¹³ En varumärkesparodi inom ramen för en ideell organisations kritiska kampanj har nog som primärt syfte att *nedsvärta* varumärket. Med tanke på hur lågt ställda kraven verkar vara för att uppfylla *snyltning*, skulle en varumärkesparodi också kunna anses snylta på varumärket. Varumärkesinnehavare till kända varumärken har alltså en möjlighet att argumentera för att deras varumärke används i varumärkesrättslig mening vid tredje mans varumärkesanvändning i

⁴⁰⁴ C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 39; C-252/07 (Intel), p. 29; jfr. Arnerstål, (2018), s. 113.

⁴⁰⁵ C-323/09 (Interflora), p. 79.

⁴⁰⁶ Ibid., p. 77.

⁴⁰⁷ Arnerstål (2018), s. 114.

⁴⁰⁸ C-252/07 (Intel), p. 77.

⁴⁰⁹ Arnerstål (2018), s. 114.

⁴¹⁰ Ibid., s. 114–16.

⁴¹¹ C-487/07 (L'Oréal/Bellure), p. 40; se Arnerstål (2018), s. 114.

⁴¹² Arnerstål (2018), s. 115.

⁴¹³ Granmar (2003), s. 117.

konst, varumärkesparodier och kritiska kampanjer i syfte att kritisera varumärket. Det förutsätter dock att varumärket kommersialiseras genom att exempelvis förses på kläder, affischer, och eventuellt konstverk, och sedan sälja dem.⁴¹⁴

Levin påpekade i sin artikel om varumärkesparodier, att om tredje mans användning anses utgöra varumärkesanvändning torde det finnas ”föga utrymme för undantag från varumärkesskyddet” p.g.a. parodi. Vill tredje man undvika en varumärkesintrångstalan får denne antingen eliminera märkeslikheten, eller lyckas bevisa att parodin inte utgör varumärkesanvändning.⁴¹⁵ Anseendeskyddet är dock inte gränslöst. Även om varumärkesinnehavaren kan styrka att otillbörlig fördel eller skada förekommer eller kan komma att ske, kan intrånget ändå behöva tålas om det föreligger *skälig anledning*.⁴¹⁶

5.5 Skälig anledning mot bakgrund av skäl 27

Skälighetsrekvisitet är en del av intrångsbedömningen, vilken till sin karaktär kan liknas vid en *inskränkning i ensamrätten*, och utgör därmed en sista säkerhetsventil som kan begränsa varumärkesinnehavarens ensamrätt.⁴¹⁷ Vid tillämpning av detta rekvisit övergår bevisbördan från varumärkesinnehavaren till intrångsgöraren som följaktligen måste visa att det, trots intrånget, finns *skälig anledning* för varumärkesanvändningen.⁴¹⁸

Det framgår inte av lagtexten vad *skälig anledning* innebär, utan det måste utläsas av praxis.⁴¹⁹ Bl.a. har tredje mans varumärkesanvändning i syfte att informera konsumenter om alternativ till varumärkesinnehavarens varor eller tjänster ansetts *skäligt*.⁴²⁰ EUD har även konstaterat att begreppet *skälig anledning* inte endast omfattar objektivt tvingande skäl, utan att det även kan avse det *subjektiva intresset hos tredje man* som använder varumärket. Syftet med bestämmelsen verkar vara att försöka åstadkomma en balans mellan tredje mans intresse att använda varumärket och varumärkesinnehavarens intressen.⁴²¹

Hittills har EUD inte tagit ställning till frågan om det är *skäligt* att använda varumärken inom ramen för *konstnärliga eller politiska yttranden*. Direktivsskäl kan

⁴¹⁴ Schovsbo (2018), s. 577.

⁴¹⁵ Levin (1992), s. 719–20.

⁴¹⁶ Kur och Senfleben (2017), s. 337–38 och 360–68.

⁴¹⁷ Arnerstål (2018), s. 117–19; C-65/12 (Bulldog), p. 46.

⁴¹⁸ C-252/07 (Intel), p. 39; C-65/12 (Bulldog), p. 44; jfr. prop. 2017/18:267, s. 227.

⁴¹⁹ C-65/12 (Bulldog), p. 27.

⁴²⁰ C-323/09 (Interflora), p. 91.

⁴²¹ C-65/12 (Bulldog), p. 45–46 och 48; jfr. avsnitt 4.2.

emellertid indikera hur *skälig anledning* bör tolkas.⁴²² I skäl 27 till varumärkesdirektivet framgår att *viss användning*, i vissa fall, inte *bör* kunna förbjudas av varumärkesinnehavaren, om användning sker i enlighet med *god affärssed*. Det omfattar framförallt sådan tredjemansanvändning som anges i 1 kap. 11 § VML. Syftet med inskränkningarna i 11 § är att förena varumärkesinnehavarens intresse av varumärkesskydd med intresset av fri rörlighet för varor och frihet att tillhandahålla tjänster inom den inre marknaden.⁴²³ Det primära intresset är alltså inte *yttrandefrihet*, utan att upprätthålla ett system med sund konkurrens och därigenom konsumenternas frihet och möjlighet att välja mellan flera likvärdiga varor.⁴²⁴

I skäl 27 nämns *varumärkesanvändning för konstnärliga ändamål* som något varumärkesinnehavaren bör tåla så länge det överensstämmer med god affärssed. Skäl 27 verkar utgå från att varumärkesanvändning för *konstnärliga ändamål* som utgångspunkt kan överensstämma med god affärssed. *Schovsbo* anser att skälet indikerar att domstolarna i sin skälighetsbedömning bör utgå från *konstnärens perspektiv*, eftersom det framgår av skäl 27 *in fine* att direktivet bör tillämpas på ett sätt som säkerställer full respekt för yttrandefriheten.⁴²⁵ Enligt *Schovsbo* bör *ren konstnärlig användning*⁴²⁶ falla utanför ensamrätten, även om den innehåller kommersiella inslag, om användningen kan motiveras från ett konstnärligt perspektiv.⁴²⁷ *Geiger och Izyumenko* hävdar att konstnärliga och socialt laddade yttranden kan överväga det kommersiella i användningen. Det krävs dock att yttrandet är av *allmänt intresse*.⁴²⁸ Om varumärket utgör en stor del av konstverkets motiv och varumärket inte enbart används för konstnärliga ändamål, utan även bjuds ut till försäljning genom att motivet förses på exempelvis tröjor torde det emellertid utgöra varumärkesintrång, om det inte överensstämmer med god affärssed.⁴²⁹

God affärssed innebär principiellt en *lojalitetsplikt* gentemot varumärkesinnehavarens berättigade intressen, vilket motsvarar dem som en återförsäljare är underkastad vid användning av annans varumärke för att annonsera om återförsäljning

⁴²² Kur och Senftleben (2017), s. 365–66, 429–31; jfr. avsnitt 1.4 .

⁴²³ C-63/97 (BMW), p. 62; C-228/03 (Gillette), p. 29.

⁴²⁴ GA Tizzano i C-228/03 (Gillette), p. 56.

⁴²⁵ Schovsbo (2018), s. 578–79.

⁴²⁶ Min översättning av “pure artistic use”.

⁴²⁷ Schovsbo (2018), s. 578–79; jfr. dock Bohaczewski (2020), s. 873, Bohaczewski är skeptiskt till att tredje man bör kunna undvika inträngsansvar enbart för att denne haft ett humoristiskt eller konstnärligt syfte med varumärkesanvändningen, och ifrågasätter om man kan hävda yttrandefrihet när man marknadsför varor med en varumärkesparodi.

⁴²⁸ Geiger och Izyumenko (2019), s. 44; jfr. avsnitt 3.4.

⁴²⁹ Schovsbo (2018), s. 579.

av varor som bär varumärket.⁴³⁰ Varumärket används inte i enlighet med god affärssed om det används så att det framstår som att det föreligger ett *affärsmässigt samband* mellan tredje man och varumärkesinnehavaren. Dessutom får användningen inte påverka varumärkets värde genom att tredje man snyltar på varumärket.⁴³¹ Om användningen misskrediterar varumärket, eller om tredje man framställer sin vara som en imitation eller ersättning för den vara som bär varumärket är det inte heller god affärssed.⁴³² Skämtsam eller förlöjligande användning av annans varumärke torde utgöra misskreditering.⁴³³ Problemet med varumärkesparodier, kritiska kampanjer och vissa konstverk är att de generellt är kritiska. Frågan är om de någonsin skulle kunna anses uppfylla kravet med god affärssed då syftet är att misskreditera varumärket. Om syftet med parodin är att kritisera varumärket eller innehavaren, torde dock endast ett fåtal få uppfattningen att det finns ett affärsmässigt samband mellan parodisten och varumärkesinnehavaren.

Skäl 27 *in fine* anger att varumärkesdirektivet generellt bör tillämpas på ett sätt som säkerställer full respekt för grundläggande fri- och rättigheter, särskilt yttrandefriheten. Enligt *Kur och Senftleben* avser denna vidsträckta formulering att skapa tolkningsmöjligheter i kritiskt svåra fall, exempelvis vid varumärkesanvändning i konst, kritik och varumärkesparodier.⁴³⁴ Hur det faktiskt faller ut i praktiken är svårt att säga eftersom det ännu saknas vägledande praxis från EUD. Det finns emellertid varumärkesrättslig praxis från europeiska nationella domstolar som visar att skälighetsrekvisitet kan utgöra en möjlig väg att säkra rätten till *konstnärlig och politisk yttrandefrihet*, eftersom dessa domstolar är beredda att tillämpa yttrandefrihetsaspekten även när tredje man ansetts använda varumärket i näringsverksamhet.⁴³⁵

I det ovannämnda tyska målet *Lila Postkarte*, ansåg BGH att det parodiska vykortet gjorde intrång i Milkas varumärke. BGH granskade parodin mot bakgrund av intrångskriterierna i artikel 10(2)(c) i varumärkesdirektivet, och avvägde Milkas intresse av varumärkesskydd mot den konstnärliga friheten. Domstolen ansåg att den parodiska varumärkesanvändningen var *skälig*, trots att varumärket användes i näringsverksamhet.⁴³⁶ Den konstnärliga friheten segrade p.g.a. det

⁴³⁰ C-63/97 (BMW), p. 61.

⁴³¹ Ibid., p. 51–52; C-228/03 (Gillette), p. 42–43, 49.

⁴³² C-228/03 (Gillette), p. 44–45, 49.

⁴³³ Pehrson (1989), s. 533.

⁴³⁴ Kur och Senftleben (2017), s. 421; Schovsbo (2018), s. 581, jfr. avsnitt 1.5 om konstitutionaliseringen av immaterialrätten.

⁴³⁵ Se praxishänvisningar i Kur och Senftleben (2017), s. 365–66; samt Pila och Torremans (2019), s. 384.

⁴³⁶ Se rättsfallsreferens i fotnot 375; citerad från Kur och Senftleben (2017), s. 279 och 428.

”ironiska yttrandet som vykortet förmedlade.”⁴³⁷ I ett mål från Benelux-ländernas domstol fastslogs att tredje mans varumärkesanvändning i konst är tillåten, förutsatt att konstverket är resultatet av en kreativ process vars syfte inte är skada varumärket eller dess innehavare.⁴³⁸

Granmar hävdar att tredje man kan utan tillåtelse använda annans varumärke i ett upphovsrättsligt skyddat verk, exempelvis i ett kollage, eftersom varumärket inte används som ett varumärke utan endast som visuell framställning. Tredje mans varumärkesanvändning i konstnärliga verk kan emellertid störa varumärkesinnehavaren, genom att varumärket exponeras på ett ofördelaktigt sätt med ett budskap som varumärkesinnehavaren inte vill associeras med.⁴³⁹ Ett exempel på detta är det nederländska fallet *Nadia Plesner mot Louis Vuitton*,⁴⁴⁰ där Louis Vuitton (LV) stämde konstnären *Plesners* för intrång. Målet rörde mönsterrätt men kunde likväl ha rört varumärkesrätt. *Plesners* hade i protest mot en humanitär kris i Darfur skapat motivet *Simple Living*, vilket föreställde en underviktig afrikansk pojke som höll i en LV-väska. Motivet trycktes på tröjor och affischer som såldes. Försäljningsintäkterna skänkte konstnären till en ideell organisation som bekämpade krisen i Darfur. Motivet användes även i konstverket *Darfurnica*, som också erbjöds till försäljning. Konstnären själv hävdade att hon inte drog kommersiell fördel av varumärket, och ville enbart använda varumärket på ett symboliskt vis och hävdade att kritiken inte var riktad mot LV specifikt. LV hävdade att motivet kränkte deras äganderätt,⁴⁴¹ medan *Plesner* hävdade yttrandefrihet.⁴⁴² Den nederländska domstolen ansåg att *Plesners* yttrandefrihet vägde tyngre än LV:s äganderätt, eftersom konstnären ansågs ha ett starkt yttrandefrihetsintresse att uttrycka sin uppfattning genom konst, samt att LV är ett välkänt företag som är tvungen att acceptera att bli utsatt för kritik på ett mer långtgående vis än andra rättighetsinnehavare.⁴⁴³ *Friedmann* ifrågasätter dock konstnärens påstående om att hon inte drog kommersiell fördel av varumärket, eftersom *Plesner* dels

⁴³⁷ Min översättning av ”in light off the ironic statement made with the postcard”, Kur och Senftleben (2017), s. 365–66.

⁴³⁸ Benelux-ländernas domstol 14 oktober 2019, mål A 18/1, *Moët Hennessy Champagne Service / Cedric Art*; citerad från The IPKat, ”Benelux Court of Justice rules on use of a well-known trade mark in a work of art”, publicerad den 2 november 2019, <https://ipkitten.blogspot.com/2019/11/benelux-court-of-justice-rules-on-use.html>, hämtad den 8 december 2020.

⁴³⁹ *Granmar* (2003), s. 116.

⁴⁴⁰ Se rättsfallsreferens i fotnot 1 ovan; se motivet, tavlan och den inofficiella engelska översättningen av domen på konstnärens hemsida; Nadia Plesner, *Simple Living & Darfurnica*, www.nadiaplesner.com/simple-living--darfurnica1, hämtad den 26 november 2020.

⁴⁴¹ Artikel 1 första tilläggsprotokollet EKMR.

⁴⁴² Artikel 10 EKMR.

⁴⁴³ I domen hänvisar den nederländska domstolen till *Steel och Morris mot Storbritannien*, nr. 68416/01, p. 94.

tjänade på uppmärksamheten hon fick som konstnär i det högt mediebevakade fallet, dels att hon *faktiskt* sålde varor försedda med motivet. Enligt *Friedmann* är det irrelevant om pengarna ges till en ideell organisation, handlingen utgör fortfarande *användning i näringsverksamhet*.⁴⁴⁴

Skälighetsrekvisitet kan även omfatta *politiska yttranden*.⁴⁴⁵ I Tyskland tilläts användningen av ordet ”gen-mjolk” kopplat till vissa mejeri-varumärken för att informera konsumenter om riskerna med genmodifierad mjölk.⁴⁴⁶ I Frankrike tilläts Greenpeaces användning av varumärket Esso i en kampanj för att kritisera Essos miljö- och hållbarhetspolicyer.⁴⁴⁷

Cohen Jehoram m.fl. antar att tredje mans varumärkesparodier kan anses *skälig* förutsatt att yttrandet inte är missvisande och att syftet med användningen inte är att själv dra kommersiell fördel av det kända varumärket, utan för att faktiskt *uttrycka en åsikt*.⁴⁴⁸ Ett exempel på en varumärkesparodi där tredje mans syfte främst ansågs vara att dra kommersiell fördel av det kända varumärket var i ett österrikiskt mål där en pumpaproducent från Styria-provinsen stämde av *Viagra* varumärkesinnehavare Pfizer. Pumpaproducenten sålde pumpafrön som doppats i blått socker under kännetecknet *Styriagra*. Österrikes högsta domstol erkände visserligen den humoristiska allusionen mellan orden, men ansåg att producenten enligt artikel 10(2)(c) varumärkesdirektivet snyltat på Viagras rykte genom att sälja och marknadsföra sina pumpafröer under *Styriagra*-kännetecknet.⁴⁴⁹

Kur och Senftleben antar att EUD, mot bakgrund av yttrandefriheten i artikel 10 EKMR och artikel 11 EU-stadgan, kan komma fram till liknande slutsatser med hjälp av skälighetsrekvisitet när kända varumärken används i konst, kritiska uttryck eller varumärkesparodier i syfte att kritisera varumärket och varumärkesinnehavaren.⁴⁵⁰ Sker yttranden inom ramen för varumärkesinnehavarens näringsverksamhet har innehavaren ensamrätt att bestämma över yttrandenas art och omfattning, vilket enligt *Nordell* blir en väsentlig del i balansen mellan ensamrätt och frihållning.⁴⁵¹ Det talar för att ensamrätten inte bör vara obegränsad på så

⁴⁴⁴ *Friedmann* (2015), s. 205–6; se även *Ricolfi* (2015), s. 486–87.

⁴⁴⁵ *Kur och Senftleben* (2017), s. 366.

⁴⁴⁶ *’Gene-Milch’ VI ZR 7/07*, den 11 mars 2008: BGH; citerad från *Kur och Senftleben* (2017), s. 366.

⁴⁴⁷ Se fotnot 129 ovan.

⁴⁴⁸ *Cohen Jehoram m.fl.* (2010), s. 327.

⁴⁴⁹ Österrikes högsta domstol, den 22 september 2009, mål 17Ob15/09v, *’STYRLAGRA’*; citerad från *Friedmann* (2015), s. 217–18.

⁴⁵⁰ *Kur och Senftleben* (2017), s. 366; *Schovsbo* (2018), s. 578.

⁴⁵¹ *Nordell* (2004), s. 582.

sätt att varumärkesinnehavaren kan tillåtas kontrollera *all* användning som sker av varumärket. Samtidigt kolliderar detta med varumärkesinnehavarens intresse av att skydda varumärket och dess investeringar.⁴⁵² I doktrin framhålls också att en kritisk varumärkesparodi kan behöva anses som skälig trots att det skadar varumärkets rykte eftersom det annars kan innebära att varumärkesrätten begränsar möjligheten att fritt och öppet diskutera och kritisera varumärkesinnehavarens marknadsstrategier och policyer, inom ramen för konst och politik.⁴⁵³ Även om det uppstår svåra gränsdragningsfrågor vid varumärkesparodier och anseendeskyddet, talar hänsyn till yttrandefriheten för att det ska vara tillåtet att på bekostnad av varumärkesinnehavaren driva med dennes varumärke.⁴⁵⁴ Yttrandefriheten är dock inte absolut, utan får begränsas och måste avvägas mot varumärkesinnehavarens äganderätt.⁴⁵⁵

⁴⁵² Arnerstål (2018), s. 22.

⁴⁵³ Kur och Senftleben (2017), s. 23–25, 366, 428–31; Ramsey och Schovsbo (2013), s. 698; Arnerstål (2018), s. 22; ett liknande resonemang förs även av GA Ruiz-Jarabo Colomers i C-206/01 (Arsenal), p. 63; se även GA Jääskinen i C-324/09 (L'Oréal/eBay), p. 48 (se särskilt not 23 i yttrandet).

⁴⁵⁴ Wessman m.fl. (2019), s. 50–51.

⁴⁵⁵ Se kapitel 3.

6 Sammanfattande analys

Varumärken är en viktig kommunikationskanal för varumärkesinnehavaren. Det finns dock fler än varumärkesinnehavaren som vill kunna använda varumärket för att kunna förmedla olika budskap.⁴⁵⁶ Den varumärkesrättsliga ensamrätten – varumärkesinnehavarens äganderätt – hamnar därmed i konflikt med tredje mans yttrandefrihet när denne använder varumärkesinnehavarens varumärke i konst, kritiska kampanjer eller varumärkesparodier.⁴⁵⁷ Det finns ingen inskränkingsbestämmelse i VML som tillåter tredje mans användning av annans varumärke i konst, kritik eller varumärkesparodi med stöd av VML.⁴⁵⁸

Parodier är ett effektivt sätt att uttrycka och förmedla åsikter och budskap, och utgör en viktig kulturell uttrycksform. Det saknas en juridisk definition av varumärkesparodier i varumärkesrättslig lagstiftning och praxis. Dessutom är det inte enkelt att fastställa vilka företeelser som ska omfattas av begreppet, särskilt med tanke på att varumärkesparodin kan ha olika *syften*. Ibland är syftet att underhålla, ibland att kritisera eller ironisera. Det centrala är dock att varumärket delvis förändras för att förmedla ett budskap. Där det kan bli problematiskt är om denna förvrängning faktiskt måste vara *komisk*, vilket parodier enligt uppslagsboksdefinitionen ska vara. En varumärkesparodi bygger på att betraktaren känner igen märket, vilket talar för att främst kända varumärken parodieras för att varumärkesparodin ska ”fungera”. Eftersom varumärkesparodin troligtvis försöker efterlikna varumärket i fråga kan det argumenteras för att varumärkesparodin åtminstone *liknar* varumärket,⁴⁵⁹ vilket är ett av rekvisiten som ska uppfyllas för att det ska röra sig om varumärkesintrång i anseendeskyddet.

Examensarbetet har, genom att granska intrångskriterierna i anseendeskyddet mot bakgrund av yttrandefrihet och äganderätten, utrett förutsättningarna och gränserna för tredje mans varumärkesanvändning av annans kända varumärke i konst, kritik och varumärkesparodier, och om sådan användning kan göra intrång i varumärkesrättslig mening. Anseendeskyddet är främst ett *investerings-skydd*. Skyddets rättfärdigande har dock kritiserats i doktrin.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ Se avsnitt 4.2.

⁴⁵⁷ Se avsnitt 1.1.; hänvisad praxis från Europadomstolen i avsnitt 3.4; avsnitt 5.5.

⁴⁵⁸ Se avsnitt 2.2 och 3.4.

⁴⁵⁹ Se avsnitt 5.2.

⁴⁶⁰ Se avsnitt 4.4.

Av utredningen ovan framgår att det är möjligt för varumärkesinnehavaren att argumentera för att varumärkesparodier och varumärkesanvändning i konst eller kritiska kampanjer kan *nedsvärta* och t.o.m. *snylta* på det kända varumärket.⁴⁶¹ För att tredje mans användning ska utgöra varumärkesanvändning, och intrång, krävs dock att varumärket *används i näringsverksamhet för varor eller tjänster*. *Privat användning* utgör inte varumärkesintrång, men ensamrätten omfattar i princip *all användning* som sker *i näringsverksamhet*.⁴⁶²

Vad som uppfattas som *användning i näringsverksamhet* har inom varumärkesrätten fått en omfattande räckvidd, och innefattar ideella organisationer samt de som agerar i samband med näringsverksamheten. Så länge det saknas *kommersiell aktivitet* torde dock sådan användning inte omfattas av varumärkesinnehavarens ensamrätt och därmed få tålas. Kraven för att uppfylla rekvisitet *används i näringsverksamhet för varor eller tjänster* är emellertid lågt ställda och intrångsrekvisiten tar inte hänsyn till *blandade yttranden*.⁴⁶³ Även om varumärket används inom ramen för ett *konstnärligt yttrande* går det att hävda att varumärkesanvändningen innehåller en kommersiell aktivitet, särskilt om det varumärkesförsedda konstverket ställs ut till försäljning. Om *Greenpeace* förser plakat med en varumärkesparodi eller på internet sprider budskapet att ett oljeföretag är giriga miljöbovar, och i samband med detta samlar in pengar för att driva kampanjen mot företaget och/eller för att hjälpa grupper som påverkas negativt av miljökonsekvenserna, går det inte att förneka att det finns ett kommersiellt inslag i varumärkesanvändningen. Det kan visserligen ifrågasättas om tredje man verkligen använder varumärkesparodin *som medel för att särskilja sina varor eller tjänster* vid konst, kritik och varumärkesparodier, och om inte användningen enbart utgör en *utsmyckning*. Som framgått av *Lila Postkarte* utesluter inte dekorativ användning att intrång kan bli aktuellt. En intrångstalan kan alltså bli aktuell vid ideella organisationers varumärkesanvändning av kända varumärken i konst, kritik och varumärkesparodier.

Frågan om tredje man gör intrång vid komisk och kritisk varumärkesanvändning är fortfarande omdebatterat i den varumärkesrättsliga EU-doktrin allt sedan skäl 27 infördes i 2015 års varumärkesdirektiv. En kritik som framförts mot den beskrivna konflikten mellan varumärkesrätten och yttrandefriheten är att den dels är överdriven, dels att varumärkesrättens *interna begränsningar* av ensamrättens

⁴⁶¹ Se avsnitt 5.4.

⁴⁶² Se avsnitt 5.3.

⁴⁶³ Se avsnitt 3.2, 5.2, 5.3.2 och 5.3.3.

omfattning tillgodoser yttrandefriheten. Jag instämmer i att de interna begränsningarna som *de facto* framgår av VML, bör kunna utesluta att ideella organisationer begår intrång vid varumärkesanvändning i konst, kritik och varumärkesparodier.⁴⁶⁴ Dock blir det som sagt problematiskt vid *blandade yttranden*. Samtidigt kan det självklart ifrågasättas om ideella organisationer verkligen borde kunna tjäna pengar på att använda annans varumärke för att exempelvis upplysa allmänheten om innehavarens bristande miljöarbete, även om intäkterna skänks till välgörande ändamål.

Anseendeskyddets intrångsbestämmelse innehåller dock en säkerhetsventil som öppnar upp för argument om att sådan tredje mans varumärkesanvändning kan vara *skälig* mot bakgrund av yttrandefriheten. Yttrandefriheten är som utgångspunkt omfattande, och i princip är alla yttranden skyddsvärda, förutsatt att de inte uppmanar till våld eller utgör missvisande kommersiella budskap. Yttrandefriheten har starka kopplingar till demokrati.⁴⁶⁵ Det kan argumenteras för att både yttrandefriheten och äganderätten fyller en samhällsnytta,⁴⁶⁶ även om äganderätten inte anses utgöra en grundpelare för demokratin. Varken yttrandefriheten eller äganderätten är absoluta, utan får begränsas och avvägas mot andra grundläggande rättigheter. Vid en kollision mellan de två rättigheterna ska det göras en helhetsbedömning utifrån omständigheterna i det aktuella fallet. Vissa faktorer, exempelvis vem som yttrar sig, mot vem yttrandet riktar sig och yttrandets syfte sig kan ha betydelse för bedömningen.⁴⁶⁷

I skäl 27 *in fine* framgår att direktivet, och därmed VML, bör tillämpas så att respekt för särskilt yttrandefriheten säkerställs. Tillägget av skäl 27 i direktiv-*ingressen* pekar på att yttrandefriheten ska respekteras. EUD har dessutom konstaterat att yttrandefriheten har betydelse för och är tillämplig i varumärkesrätten.⁴⁶⁸ Direktivsskäl är dock endast vägledande. Skäl 27 kombinerat med *skälig anledning*-rekvisitetet i 1 kap. 10 § 1st. 3 p. VML får dock anses öppna upp för att en balansering mellan tredje mans yttrandefrihetsintresse och varumärkesinnehavarens äganderätt.⁴⁶⁹ I nuläget saknas vägledande praxis från EUD avseende

⁴⁶⁴ Exempelvis genom att trycka upp en varumärkesparodi på affischer eller tröjor som inte kommersialiseras, eller trycka upp varumärkesparodin på plakat och använda dessa i protestaktioner.

⁴⁶⁵ Se *Handyside mot Storbritannien*, nr. 5493/72, p. 49 i avsnitt 3.2.

⁴⁶⁶ Se inledande stycket i avsnitt 3.2 respektive 3.3.

⁴⁶⁷ Sista stycket i avsnitt 3.4.

⁴⁶⁸ Se C-240/18 P (Constantin mot EUIPO) i avsnitt 3.4.

⁴⁶⁹ Se avsnitt 1.5 om konstitutionaliseringen i immaterialrätten.

tredjemans användning av ett skyddat varumärke i konst, kritik och varumärkesparodier. Det återstår alltså att se huruvida EUD kommer att gå tillväga för att tolka rekvisiten i en sådan konflikt.

Det ovan sagda innebär inte att yttrandefriheten alltid överväger äganderätten. Skäl 27 anger också att varumärkesdirektivet bör tillämpas på ett sätt som säkerställer full respekt för grundläggande fri- och rättigheter, vilket även omfattar äganderätten. Å ena sidan har ideella organisationer och individer rätt att i det offentliga samtalet uttrycka sig även om yttrandet kan upplevas som störande för varumärkesinnehavaren.⁴⁷⁰ Å andra sidan kan inte alla former av yttranden tålas eftersom det kan orsaka varumärket skada och därmed kränka äganderätten. Yttrandet torde exempelvis inte få vara missvisande och varumärkesanvändningen måste vara proportionerlig.⁴⁷¹ Begränsningen som ensamrätten kan innebära för yttrandefriheten får emellertid inte gå längre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet att skydda innehavarens äganderätt.⁴⁷² Det har framförts att yttrandefriheten väger tyngre då användningen inte sker inom den varumärkesrättsliga kärnan, dvs. att varumärket *används i näringsverksamhet för att särskilja varor eller tjänster*. Så länge den ideella organisationens syfte med varumärkesanvändningen inte är att för egen del dra kommersiell fördel av varumärket, och de faktiskt uttrycker ett (väl)grundat budskap av allmänt intresse torde varumärkesinnehavaren få tåla tredje mans varumärkesanvändning i konst, kritik och varumärkesparodier.

Skäl 27 öppnar alltså upp för att en avvägning ska göras i den beskrivna konflikten. Det kan dock ifrågasättas om det inte vore mer lämpligt att införa en uttrycklig inskränkingsbestämmelse i varumärkesdirektivet som tillåter tredje mans användning av annans varumärke i konst, kritik eller varumärkesparodi och på så sätt tillgodose skyddet för yttrandefriheten.

⁴⁷⁰ Se *Handyside mot Storbritannien*, nr. 5493/72, p. 49 i avsnitt 3.2.

⁴⁷¹ Se kapitel 3 och avsnitt 5.5.

⁴⁷² Se avsnitt 3.3–3.4 och 5.5.

Käll- och litteraturförteckning

Svenskt offentligt tryck

- Prop. 2009/10:225 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.
- Prop. 2017/18:267 Modernare regler om varumärken och en ny lag om företagsnamn.
- SOU 2001:26 Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen.
- SOU 2016:79 En känneteckensrättslig reform.

EU-dokument

Europaparlamentets lagstiftningsresolution av den 25 februari 2014 om förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (omarbetning) (COM(2013)0162 – C7-0088/2013 – 2013/0089(COD)).

Rådets ståndpunkt vid första behandlingen inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning (omarbetning), 2013/0089 (COD), 10374/1/15 REV 1 ADD 1.

Litteratur

- Arnerstål**, Stojan. *Varumärkesanvändning*. Norstedts juridik, 2018. [*cit. Arnerstål (2018)*]
- Axberger**, Hans-Gunnar. *Yttrandefribetsgrundlagarna: yttrandefribetens gränser efter 2019 års grundlagsreform*. Norstedts juridik, 2019. [*cit. Axberger (2019)*]
- Bernitz**, Ulf, och **Kjellgren**, Anders. *Europarättens grunder*. Norstedts Juridik, 2018. [*cit. Bernitz och Kjellgren (2018)*]
- Bernitz**, Ulf, **Pehrson**, Lars, **Rosén**, Jan och **Sandgren**, Claes. *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*. Jure, 2017. [*cit. Bernitz m.fl. (2017)*]
- Bohaczewski**, Michal. ”Conflicts Between Trade Mark Rights and Freedom of Expression Under EU Trade Mark Law: Reality or Illusion?” *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 51, nr 7 (19 augusti 2020): 856–77. [*cit. Bohaczewski (2020)*]

- Cohen Jehoram**, Tobias, **van Nispen**, Constant och **Huydecoper**, Tony. *European trademark law : community trademark law and harmonized: national trademark law*. Wolters Kluwer, 2010. [cit. *Cohen Jehoram m.fl. (2010)*]
- Danelius**, Hans. *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Norstedts Juridik, 2015. [cit. *Danelius (2015)*]
- Dusollier**, Séverine. "Pruning the European intellectual property tree: in search of common principles and roots" i Geiger, Christophe: *Constructing European intellectual property : achievements and new perspectives*, s. 24–57. European intellectual property institutes network series. Edward Elgar Publ., 2013. [cit. *Dusollier (2013)*]
- Fhima**, Ilanah Simon. "Trade Marks and Free Speech". *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 44, nr 3 (2013) s. 293–321. [cit. *Fhima (2013)*]
- Friedmann**, Danny. *Trademarks and social media: towards algorithmic justice*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2015. [cit. *Friedmann (2015)*]
- Geiger**, Christophe. "“Constitutionalising” Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union". *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37, nr 4 (2006) s. 371-406. [cit. *Geiger (2006)*]
- . "Trade marks and freedom of expression - the proportionality of criticism". *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 38, nr 3 (2007) s. 317-27. [cit. *Geiger (2007)*]
- Geiger**, Christophe, och **Izyumenko**, Elena. "Intellectual property before the European Court of Human Rights" i Geiger, Christophe, Nard, Craig Allen och Seuba, Xavier, *Intellectual Property and the Judiciary*, s. 9-90. European intellectual property institutes network series. Edward Elgar Publishing, 2018. [cit. *Geiger och Izyumenko (2018)*]
- . "Shaping Intellectual Property Rights through Human Rights Adjudication: The Example of the European Court of Human Rights". *Mitchell Hamline Law Review* 2020, nr 46 (2020) s. 527–612. [cit. *Geiger och Izyumenko (2020)*]
- . "Towards a European Fair Use Grounded in Freedom of Expression". *American University International Law Review* 35, nr 1 (2019) s. 1–74. [cit. *Geiger och Izyumenko (2019)*]
- Granmar**, Claes. "Expanding trademark protection versus expressive freedom and cultural diversity in the post-consumer society". 2016. <http://su.diva-portal.org/smash/rec-ord.jsf?pid=diva2%3A1368952&dswid=1127>. [cit. *Granmar (2016)*]
- . *Varumärkesskydd: en handbok om varumärken och domännamn*. Jure, 2003. [cit. *Granmar (2003)*]

- Helfer**, Laurence R. ”The New Innovation Frontier - Intellectual Property and the European Court of Human Rights”. *Harvard International Law Journal* 49, nr 1 (2008) s. 1–52. [cit. Helfer (2008)]
- Hellstadius**, Åsa. *Immaterialrätt och marknadsrätt: ur praktiskt perspektiv*. Norstedts Juridik, 2020. [cit. Hellstadius (2020)]
- Hettne**, Jörgen, och **Otken Eriksson**, Ida (red). *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Norstedts juridik, 2011. [cit. Hettne och Otken Eriksson (2011)]
- Jacques**, Sabine. ”A parody exception: why trade mark owners should get the joke”. *European Intellectual Property Review* 38, nr 8 (2016) s. 471–81. [cit. Jacques (2016)]
- Klein**, Naomi. *No logo : no space, no choice, no jobs*. 10th anniversary ed. Fourth Estate, 2010. [cit. Klein (2010)]
- Kleineman**, Jan. ”Rättsdogmatisk metod” i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, s. 21–46. Studentlitteratur, 2018. [cit. Kleineman (2018)]
- Korhonen**, Petteri. ”Om lojalitet och varumärkesskyddets gränser. Kommentarer till HD 2006:17 (NIR 2007 s. 303)”. *Nordiskt immateriellt rättsskydd* 2007 s. 570–77. [cit. Korhonen (2007)]
- Kur**, Annette, och **Senftleben**, Martin. *European Trade Mark Law : A Commentary*. Oxford University Press, 2017. [cit. Kur och Senftleben (2017)]
- Levin**, Marianne. ”Varumärkesparodier och annan lek med andras kännetecken i ljuset av den nya Kodakregeln”. *Svensk juristtidning* 1992 s. 705–20. [cit. Levin (1992)]
- Levin**, Marianne, och **Hellstadius**, Åsa. *Lärobok i immaterialrätt: upphovsrätt, patenträtt, mönsterrätt, känneteckensrätt i Sverige, EU och internationellt*. Norstedts Juridik, 2019. [cit. Levin och Hellstadius (2019)]
- Löfgren**, Christer. *Värdering av varumärken utifrån juridiska och ekonomiska aspekter*. Stockholm: Juristförlaget, 1991. [cit. Löfgren (1991)]
- Machado Pontes**, Leonardo. ”Trademark and Freedom of Speech: A comparison between the U.S. and the EU System in the Awakening of Johan Deckmyn V. Helena Vandersteen”. WIPO, 18 maj 2015. https://www.wipo.int/meetings/en/doc_details.jsp?doc_id=303857. [cit. Machado Pontes (2015)]
- Maunsbach**, Ulf. *Varumärkeslag (2010:1877) 1 kap. 10 §, Lexino lagkommentar 2014-11-19 (JUNO)*, 2014.
- Mill**, John Stuart. *On liberty*. Dover thrift editions. Dover Publications, 2002.
- MPI**, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law. *Study on the Overall Functioning of the European Trade Mark System*, 2011. [cit. MPI (2011)]
- Nergelius**, Joakim. *De europeiska domstolarna och det svenska äganderättskyddet*. Norstedts juridik, 2012. [cit. Nergelius (2012)]

- Nordell**, Per Jonas. ”Att åberopa, använda, begagna eller utnyttja annans varukännetecken”. *Nordiskt immateriellt rättsskydd* 1992 s. 482–511. [cit. Nordell (1992)]
- . ”Om varumärkets funktioner i ljuset av EU-domstolens avgöranden i mål C-487/07 (L’Oréal) och de förenade målen C-236/08–C-238/08 (Google)”. *Nordiskt immateriellt rättsskydd* 2010 s. 264–75. [cit. Nordell (2010)]
- . ”Varumärkesanvändning och yttrandefrihet. Kommentarer till NJA 2003 s. 25 (Tre Kronor)”. *Nordiskt immateriellt rättsskydd* 2003 s. 408–14. [cit. Nordell (2003)]
- . *Varumärkesrättens skyddsobjekt: om ordkännetecknets mening och referens*. Skrifter / Handelshögskolan i Stockholm, Rättsvetenskapliga institutionen: 14. Mercurius, 2004. [cit. Nordell (2004)]
- Pehrson**, Lars. ”Kodakregeln och renommésnyltning”. *Nordiskt immateriellt rättsskydd*, 1989 s. 522–40. [cit. Pehrson (1989)]
- Pila**, Justine, och **Torremans**, Paul. *European Intellectual Property Law*. Oxford University Press, 2019. [cit. Pila och Torremans (2019)]
- Ramsey**, Lisa, och **Schovsbo**, Jens. ”Mechanisms for Limiting Trade Mark Rights to Further Competition and Free Speech”. *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 44, nr 6 (2013) s. 671–700. [cit. Ramsey och Schovsbo (2013)]
- Reichel**, Jane. ”EU-rättslig metod” i Nääv, Maria och Zamboni, Mauro, *Juridisk metodlära*, s. 109–42. Studentlitteratur, 2018. [cit. Reichel (2018)]
- Reichel**, Jane, och **Åhman**, Karin. *Tjugofem år av Europarätt i Sverige*, i Svenska institutet för europapolitiska studier rapport 2020:5, augusti 2020. <https://su.diva-portal.org/smash/get/diva2:1463913/FULLTEXT01.pdf>. [cit. Reichel och Åhman (2020)]
- Ricolfi**, Marco. ”Trademarks and Human Rights” i Torremans, Paul L.C. (ed.) *Intellectual property laws and human rights*, 3 ed., s. 453–90. Information law series: Vol. 34. Kluwer Law International, 2015. [cit. Ricolfi (2015)]
- Sakulin**, Wolfgang. *Trademark Protection and Freedom of Expression: An Inquiry into the Conflict between Trademark Rights and Freedom of Expression under European law*. Information law series, v. 22. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Frederick, MD: Kluwer Law International; Sold and distributed in North, Central, and South America by Aspen Publishers, 2011. [cit. Sakulin (2011)]
- Sandgren**, Claes. *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*. Norstedts Juridik, 2018. [cit. Sandgren (2018)]
- Schovsbo**, Jens. ”Mark My Words’ - Trademarks and Fundamental Rights in the EU”. *UC Irvine Law Review* 8, nr 3 (2018) s. 555–81. [cit. Schovsbo (2018)]

- Senftleben, Martin.** ”Adapting EU trademark law to new technologies: back to basics?” i Geiger, Christophe (ed.) *Constructing European intellectual property: achievements and new perspectives*, s. 137–76. European intellectual property institutes network series. Edward Elgar Publ., 2013. [cit. *Senftleben (2013)*]
- . ”Free signs and free use: How to offer room for freedom of expression within the trademark system”. i Geiger, Christophe (ed.) *Research handbook on human rights and intellectual property*, s. 354–76. Research handbooks in intellectual property. Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2015. [cit. *Senftleben (2015)*]
- . ”Non-Traditional Marks, Freedom of Competition and Freedom of Expression - Giving Equal Weight to Fundamental Interests in the Fields of Commerce and Culture” i de Werra, Jacques (ed.), *Marques 3D et autres marques non-traditionnelles = 3D Trademarks and other Non-Traditional Trademarks*. Schulthess Éditions Romandes, 2019. [cit. *Senftleben (2019)*]
- Walther, Carolina, och Malmberg, Paulina.** ”Varumärkesintrång - en fråga om varumärkets funktioner”. *Ny Juridik*, nr 2 (2015) s. 62–75. [cit. *Walther och Malmberg (2015)*]
- Weckström, Katja.** ”The Lawfulness of Criticizing Big Business: Comparing Approaches to the Balancing of Societal Interests behind Trademark Protection”. *Lewis & Clark Law Review* 11, nr 3 (2007) s. 671–700. [cit. *Weckström (2007)*]
- Wennersten, Ulrika.** *Immaterialrätt och skydd av samhällsideal: en studie av klassikerskyddet i upphovsrätten och undantagen i varumärkesrätten, mönsterrätten och patenträtten för allmän ordning och goda seder*. Lund: Media-Tryck, 2014. [cit. *Wennersten (2014)*]
- . ”Marknadsföring och yttrandefrihet i näringsverksamhet” i Nyström, Birgitta, Arvidsson, Niklas och Flodgren, Boel (red.), *Modern affärsrätt: en antologi*, s. 285–318. Wolters Kluwer, 2017. [cit. *Wennersten (2017)*]
- Wessman, Richard.** *Varumärkeskonflikter: förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten*. Norstedts juridik, 2002. [cit. *Wessman (2002)*]
- Wessman, Richard, Kraus, Jakob, och Lukins, Ilze.** *Immaterialrättens struktur*. Norstedts Juridik, 2019. [cit. *Wessman m.fl. (2019)*]
- Żelechowski, Lukasz.** ”Invoking freedom of expression and freedom of competition in trade mark infringement disputes: legal mechanisms for striking a balance.” *ERA Forum* 19, nr 1 (augusti 2018) s. 115–35. [cit. *Żelechowski (2018)*]
- Åhman, Karin.** *Grundläggande rättigheter och juridisk metod: RF 2 kap, Europakonventionen och EU:s stadga och deras tillämpning*. Norstedts Juridik, 2019. [cit. *Åhman (2019)*]

———, red. *Äganderätten : dess omfattning och begränsningar*. Iustus, 2009. [cit. *Åbman (2009)*]

Examensarbeten

Andersson, Sandra. ”Varumärkesparodier - Om utrymmet för parodierande användning av annans kännetecken i svensk rätt”. Examensarbete på juristprogrammet, Lunds universitet, 2002.

<https://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=1555781&fileOId=1563770>. [cit. *Andersson (2002)*]

Carmona López, Marta. ”Should European Trade Mark Law Include an Explicit Parody Exception as a Limitation to Trade Mark Rights? A Focus on Consumers of Trade Marks with Reputation”. Examensarbete på juristprogrammet, Uppsala universitet, 2019. <https://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:1324852/FULLTEXT01.pdf>. [cit. *Carmona López (2019)*]

Kisielniute, Ieva. ”A “fair balance” between intellectual property rights and other fundamental rights?” Examensarbete på juristprogrammet, Lunds universitet, 2012. <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=2701659&fileOId=3161577>. [cit. *Kisielniute (2012)*]

Koetz Wildt, Lisa. ”Placing Humor in Its Right Place: The Need of a Distinctive Parody Exception within EU Trademark Law”. Master Thesis (LL.M.), Uppsala universitet, 2017. <http://uu.diva-portal.org/smash/get/diva2:1142169/FULLTEXT02.pdf>. [cit. *Koetz Wildt (2017)*]

Elektroniska källor

@gretathunberg. *Preem eller Parisantalet?*, Instagram, publicerad den 6 september 2020, <https://www.instagram.com/p/CEzcC2qpMZB/>, hämtad den 13 oktober 2020.

A Non Smoking Generation. *Welcome to Marlboro country*, <https://nonsmoking.se/kampanj/welcome-to-marlboro-country/>, hämtad den 21 september 2020.

Etsy, Bitdeck. *Enjoy Cocaine Classic T-Shirt – Men/Unisex*, https://www.etsy.com/se-en/listing/792415070/enjoy-cocaine-classic-t-shirt-menunisex?ga_order=most_relevant&ga_search_type=all&ga_view_type=gallery&ga_search_query=enjoy+cocaine&ref=sr_gallery-1-1&col=1, hämtad den 27 oktober 2020.

- EUIPO;** ”IP Case Law Conference 2020 - konferensprogram”. EUIPO, publicerad den 13 oktober 2020. <https://euipo.europa.eu/ohimportal/sv/ip-case-law-conference-2020>, hämtad den 13 oktober 2020.
- EUIPO; Martin,** Stefan. ”Limits of Trade Marks: Parody 31-1-2017 (Basic Level)”. Videoföreläsning. EUIPO, publicerad den 19 maj 2017. <https://euipo.europa.eu/knowledge/course/view.php?id=2844>, hämtad den 3 december 2020.
- TheIPKat,** ”Benelux Court of Justice rules on use of a well-known trade mark in a work of art”, publicerad den 2 november 2019, <https://ipkit-ten.blogspot.com/2019/11/benelux-court-of-justice-rules-on-use.html>, hämtad den 8 december 2020.
- Nadia Plesner.** *Simple Living & Darfurnica*, <http://www.nadiaplesner.com/simple-living--darfurnica1>, hämtad den 26 november 2020.
- Nationalencyklopedin.** ”Hån”. <https://www.ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/h%C3%A5n>, hämtad den 27 oktober 2020.
- . ”Kritik”, <http://www.ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/kritik>, hämtad den 21 september 2020.
- . ”Parodi”. <http://www.ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/parodi>, hämtad den 21 september 2020.
- . ”Polemik”, <https://www.ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/polemik>, hämtad den 27 oktober 2020.
- . ”Satir”, <http://www.ne-se.ludwig.lub.lu.se/uppslagsverk/encyklopedi/lång/satir>, hämtad den 21 september 2020.
- Patent- och registreringsverket,** *Niceklassificering elfte utgåvan, fjärde revisionen – Internationell klassificering av varor och tjänster vid registrering av varumärken, Del 2 – Lista över varor och tjänster i klassordning*, 2020, <https://www.prv.se/globalassets/dokument/varumärke/klassning/nicebok-2020-1-45.pdf>, hämtad den 2 januari 2021. [*cit. Niceöverenskommelsen*]
- SAOB,** Svenska Akademiens ordbok. ”Parodi”, https://www.saob.se/artikel/?seek=parodi&pz=1#M_P211_112780, hämtad den 21 september 2020.
- . ”Satir”, https://svenska.se/saob/?id=S_01063-0265.Hrn1&pz=7, hämtad den 21 september 2020.
- van Rossum,** ethify.org, Laura van. *Testing cosmetics on animals*, publicerad den 19 maj 2015, <https://ethify.org/en/content/testing-cosmetics-animals>, hämtad den 21 september 2020.
- Voorhof,** Dirk och **Høedt-Rasmussen,** Inger, Kluwer Copyright Blog, ”ECHR: Copyright vs. freedom of expression”, publicerad den 25 januari 2013, <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2013/01/25/echr-copyright-vs-freedom-of-expression/>, hämtad den 9 december 2020.

Rättsfallsförteckning

EUD

Hämtad från CURIA; https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/sv/

Mål C-337/95, Parfums Christian Dior mot Evora, den 4 november 1997, EU:C:1997:517

[cit. C-337/95 (Dior)]

Mål C-251/95, Sabel BV mot Puma AG, Rudolf Dassler Sport, den 11 november 1997, EU:C:1997:528

[cit. C-251/95 (Sabel)]

Mål C-63/97, BMW mot Deenik, den 23 februari 1999, EU:C:1999:82

[cit. C-63/97 (BMW)]

Mål C-342/97, Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH mot Klijsen Handel BV., den 22 juni 1999, EU:C:1999:323

[cit. C-342/97 (Lloyd)]

Mål C-375/97, General Motors mot Yplon SA, den 14 september 1999, EU:C:1999:408

[cit. C-375/97 (GM)]

Mål C-425/98 Marca Mode CV mot Adidas AG and Adidas Benelux BV., den 22 juni 2000, EU:C:2000:339

[cit. C-425/98 (Marca Mode)]

Mål C-206/01, Arsenal Football Club mot Matthew Reed, den 12 november 2002, EU:C:2002:651

[cit. C-206/01 (Arsenal)]

Mål C-292/00, Davidoff mot Gofkid Ltd, den 9 januari 2003, EU:C:2003:9

[cit. C-292/00 (Davidoff)]

Mål C-408/01, Adidas-Salomon och Adidas Benelux mot Fitnessworld, den 23 oktober 2003, EU:C:2003:582

[cit. C-408/01 (Adidas-Salomon)]

Mål C-228/03, Gillette Company och Gillette Group Finland mot LA-Laboratories Ltd Oy, den 17 mars 2005, EU:C:2005:177

[cit. C-228/03 (Gillette)]

Mål C-48/05, Adam Opel AG mot Autec AG, den 25 januari 2007, EU:C:2007:55

[cit. C-48/05 (Opel)]

Mål C-17/06, Céline SARL mot Céline SA, den 11 september 2007, EU:C:2007:497

[cit. C-17/06 (Céline)]

Mål C-275/06, Productores de Música de España (Promusicae) mot Telefónica de España SAU, den 29 januari 2008, EU:C:2008:54

[cit. C-275/06 (Promusicae)]

Mål C-102/07, Adidas och adidas Benelux mot Marca Mode CV m.fl., den 10 april 2008, EU:C:2008:217

[cit. C-102/07 (Adidas och adidas Benelux)]

Mål C-533/06, O2 Holdings mot Hutchison, den 12 juni 2008, EU:C:2008:339

[cit. C-533/06 (O2 Holdings)]

Mål C-252/07, Intel Corporation Inc. mot CPM United Kingdom Ltd., den 27 november 2008, EU:C:2008:655

[cit. C-252/07 (Intel)]

Mål C-442/07, Verein Radetzky-Orden mot Bundesvereinigung Kameradschaft "Feldmarschall Radetzky", den 9 december 2008, EU:C:2008:696

[cit. C-442/07 (Verein Radetzky-Orden)]

Beslut C-62/08, UDV North America, den 19 februari 2009, EU:C:2009:111

[cit. C-62/08 (UDV)]

Mål C-487/07, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC och Laboratoire Garnier & Cie mot Bellure NV, Malaika Investments Ltd och Starion International Ltd., den 18 juni 2009, EU:C:2009:378

[cit. C-487/07 (L'Oréal/Bellure)]

Förenade målen, C-236/08-C-238/08 Google France och Google, den 23 mars 2010, EU:C:2010:159

[cit. C-236–238/08 (Google)]

Mål C-324/09, L'Oréal SA m.fl. mot eBay International AG m.fl., den 12 juli 2011, EU:C:2011:474

[cit. C-324/09 (L'Oréal/eBay)]

Mål C-323/09, Interflora Inc. och Interflora British Unit mot Marks & Spencer plc och Flowers Direct Online Ltd., den 22 september 2011, EU:C:2011:604

[cit. C-323/09 (Interflora)]

Mål C-70/10, Scarlet Extended SA mot Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM), den 24 november 2011, EU:C:2011:771

[cit. C-70/10 (Scarlet)]

Mål C-119/10, Frisdranken Industrie Winters BV mot Red Bull GmbH, den 15 december 2011, EU:C:2011:837

[cit. C-119/10 (Winters mot Redbull)]

Mål C-360/10, Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) mot Netlog NV, den 16 februari 2012, EU:C:2012:85

[cit. C-360/10 (SABAM)]

Mål C-65/12, Leidseplein Beheer och de Vries mot Red Bull GmbH och Red Bull Nederland BV, den 6 februari 2014, EU:C:2014:49

[cit. C-65/12 (Bulldog)]

Mål C-314/12, UPC Telekabel Wien GmbH mot Constantin Film Verleih GmbH och Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH, den 27 mars 2014, EU:C:2014:192

[cit. C-314/12 (UPC Telekabel Wien)]

Mål C-201/13, Johan Deckmyn och Vrijheidsfonds VZW mot Helena Vandersteen m.fl., den 3 september 2014, EU:C:2014:2132

[cit. C-201/13 (Deckmyn)]

Mål C-379/14, TOP Logistics BV och Van Caem International BV mot Bacardi Co. Ltd och Bacardi International Ltd, den 16 juli 2015, EU:C:2015:497

[cit. C-379/14 (TOP Logistics)]

Mål C-580/13, Coty Germany GmbH mot Stadtsparkasse Magdeburg, den 16 juli 2015, EU:C:2015:485

[cit. C-580/13 (Coty Germany)]

Mål C-179/15, Daimler AG mot Együd Garage Gépjárműjavító és Értékesítő Kft, den 3 mars 2016, EU:C:2016:134

[cit. C-179/15 (Daimler)]

Mål C-129/17, Mitsubishi mot Duma, den 25 juli 2018, EU:C:2018:594

[cit. C-129/17 (Mitsubishi)]

Mål C-476/17, Pelham GmbH m.fl. mot Ralf Hütter och Florian Schneider-Esleben, den 29 juli 2019, EU:C:2019:624

[cit. C-476/17 (Pelham m.fl.)]

Mål C-516/17, Spiegel Online GmbH mot Volker Beck, den 29 juli 2019, EU:C:2019:625

[cit. C-516/17 (Spiegel Online)]

Mål C-469/17, Funke Medien NRW GmbH mot Bundesrepublik Deutschland, den 29 juli 2019, EU:C:2019:623

[cit. C-469/17 (Funke Medien)]

Mål C-240/18 P, Constantin Film Produktion mot EUIPO, den 27 februari 2020, EU:C:2020:118

[cit. C-240/18 P (Constantin mot EUIPO)]

Mål C-690/17, ÖKO-Test Verlag mot Dr. Rudolf Liebe Nachf. GmbH & Co.KG, den 11 april 2019, EU:C:2019:317

[cit. C-690/17 (ÖKO-Test)]

Mål C-772/18, A mot B, den 30 april 2020, EU:C:2020:341

[cit. C-772/18 (A mot B)]

Mål C-115/19 P, China Construction Bank, den 11 juni 2020, EU:C:2020:469

[cit. C-115/19 P (CCB)]

Mål C-637/19, BY mot CX, den 28 oktober 2020, EU:C:2020:863

[cit. C-637/19 (BY)]

Tribunalen

Hämtad från CURIA; https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/sv/

Mål T-215/03 SIGLA mot OHMI - Elleni Holding (VIPS), den 22 mars 2007, EU:T:2007:93

[cit. T-215/03 (Vips)]

Förslag från Generaladvokaten

Hämtad från CURIA; https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/sv/

Generaladvokaten Dámaso Ruiz-Jarabo Colomers förslag till avgörande i mål C-206/01 (Arsenal), EU:C:2002:373

[cit. GA Ruiz-Jarabo Colomers i C-206/01 (Arsenal)]

Generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i mål C-408/01 (Adidas-Salomon), EU:C:2003:404

[cit. GA Jacobs i C-408/01 (Adidas-Salomon)]

Generaladvokat Antonio Tizzanos förslag till avgörande i mål C-228/03 (Gillette), EU:C:2004:786

[cit. GA Tizzano i C-228/03 (Gillette)]

Generaladvokaten Eleanor Sharpstons förslag till avgörande i mål C-252/07 (Intel), EU:C:2008:370

[cit. GA Sharpton i C-252/07 (Intel)]

Generaladvokat Ján Mazák förslag till avgörande i mål C-442/07 (Verein Radetzky-Orden), EU:C:2008:515

[cit. GA Mazák i C-442/07 (Verein Radetzky-Orden)]

Generaladvokat Paolo Mengozzi förslag till avgörande i mål C-487/07 (L'Oréal/Bellure), EU:C:2009:70

[cit. GA Mengozzi i C-487/07 (L'Oréal/Bellure)]

Generaladvokat Niilo Jääskinen förslag till avgörande i mål C-324/09 (L'Oréal v. eBay), den 9 december 2010, EU:C:2010:757

[cit. GA Jääskinen i C-324/09 (L'Oréal/eBay)]

Generaladvokat Pedro Cruz Villalón i mål C-201/13 (Deckmyn)

[cit. GA Cruz Villalón i C-201/13 (Deckmyn)]

Generaladvokat Bobek förslag till avgörande i mål C-240/18 P (Constantin Film Produktion GmbH mot EUIPO), EU:C:2019:553

[cit. GA Bobek i C-240/18 P (Constantin mot EUIPO)]

Europadomstolen

Hämtad från HUDOC, <https://hudoc.echr.coe.int/eng>

Handyside mot Storbritannien, nr. 5493/72, den 7 december 1976,
CE:ECHR:1976:1207JUD000549372

Sporrong Lönnroth mot Sverige, nr. 7151/75 och 7172/75, den 18 december 1984,
ECHR:1984:1218JUD000715175

James m.fl. mot Storbritannien, nr. 8793/79, den 21 februari 1986,
ECHR:1986:0221JUD000879379

Lingens mot Österrike, nr. 9815/82, den 8 juli 1986,
ECHR:1986:0708JUD000981582

markt intern Verlag GmbH och Klaus Beermann mot Tyskland, nr. 10572/83, den 20 november 1988, ECHR:1989:1120JUD001057283

Sunday Times mot Storbritannien (nr 2), nr. 13166/87, den 26 november 1991,
ECHR:1991:1126JUD001316687

Österreichische schutzgemeinschaft für nichtraucher och Robert Rockenbauer mot Österrike,
nr. 17200/90, den 2 december 1991, ECHR:1991:1202DEC001720090

A.D mot Nederländerna, nr. 21962/93, den 11 januari 1994,
ECHR:1994:0111DEC002196293

Casado Coca mot Spanien, nr. 15450/89, den 24 februari 1994,
ECHR:1994:0224JUD001545089

Fayed mot Storbritannien, nr. 17101/90, den 21 september 1994,
ECHR:1994:0921JUD001710190

Hoare mot Storbritannien, nr. 31211/96, den 2 juli 1997,
ECHR:1997:0702DEC003121196

Aral, Tekin och Aral mot Turkiet, nr. 24563/94, den 14 januari 1998,
ECHR:1998:0114DEC002456394

Hashman och Harrup mot Storbritannien, nr. 25594/94, den 25 november 1999,
ECHR:1999:1125JUD002559494

Krone Verlag mot Österrike, nr. 39069/97, den 11 mars 2004,
ECHR:2003:1211JUD003906997

Steel och Morris mot Storbritannien, nr. 68416/01, den 15 februari 2005,
ECHR:2005:0215JUD006841601

Anbeuser-Busch Inc. mot Portugal [GC], nr. 73049/01, 11 januari 2007,
ECHR:2007:0111JUD007304901

Vereinigung Bildender Künstler mot Österrike, nr. 68354/01, den 25 januari 2007,
ECHR:2007:0125JUD006835401

Melnychuk mot Ukraina, nr. 28743/03, den 5 juli 2005,
ECHR:2005:0705DEC002874303

Vanjnai mot Ungern, nr. 33629/06, den 8 juli 2008,
ECHR:2008:0708JUD003362906

Pouruvbova mot Ryssland, nr. 8237/03, den 8 oktober 2009,
ECHR:2009:1008JUD000823703

Ashby Donald m.fl. mot Frankrike, nr. 36769/08, den 10 januari 2013,
ECHR:2013:0110JUD003676908

Neij och Kolmisoppi mot Sverige, nr. 40397/12, den 19 februari 2013,
ECHR:2013:0219DEC004039712

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1937 s. 209 (Chalmersringen)

NJA 1992 s. 633 (Friskis & Sveltis)

NJA 1995 s. 635 (Galliano)

NJA 2003 s. 23 (Tre Kronor)

NJA 2005 s. 905 (Alfons)

NJA 2008 s. 1082 (North Face)

NJA 2014 s. 580 (Layher)

Övriga svenska domstolar

Svea HovR 24.6.1987, NIR 1989 s. 82

Utländsk nationell praxis

Benelux

Benelux-ländernas domstol 14 oktober 2019, mål A 18/1, *Moët Hennessy Champagne Service / Cedric Art*

Frankrike

Franska Högsta domstolen (Cour de cassation), den 8 april 2008, mål 06–10961, *Greenpeace v. Esso*

Nederländerna

Nadia Plesner mot Louis Vuitton, Rechtsbank's-Gravenhage beslut den 4 maj 2011 i mål nr 389526 / KG ZA 11–294

Tyskland

Lila Postkarte I Z R 159/02, den 3 februari 2005: BGH [2005] GRUR 583
'Gene-Milch' VI ZR 7/07, den 11 mars 2008: BGH

Österrike

Österrikes högsta domstol, den 22 september 2009, mål 17Ob15/09v, 'STYRI-AGRA'