Varumärken från konsument synpunkt

En rättsvetenskaplig studie

av

Lars Pehrson

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f438a

Varumärken från konsumentsynpunkt

En rättsvetenskaplig studie

Trademarks From the Consumers' Point of View

(With an English Summary)

Akademisk avhandling som för avläggande av
juris doktorsexamen
vid Stockholms universitet offentligen försvaras i
hörsal 9, hus D, Frescati, torsdagen den 23 april 1981,
kl 10.00

av

Lars Pehrson
jur kand

Juridiska institutionen
106 91 Stockholm

Abstract

The aim of this study is to analyze those rules in the law of trademarks, i. e. the Trademark Act and the Marketing Act, which are most important from the consumers' point of view. In the dissertation it is pointed out that the trademarks' basic function for the consumers is to identify and distinguish between different products and services on the market and to identify and associate certain product information with the product or service about which the information is intended. However, it is also clear that there are many different ways in which a trademark can be used to deceive the consumers. The conclusion is, that for the consumers, the most important rules in the law of trademarks are the rules concerning acquisition of trademark rights, the rules which determine the scope of those rights including the rules about confusingly similar trademarks and the rules prohibiting the use of deceptive trademarks. Accordingly, those areas of the trademark law are analysed.

Varumärken från konsumentsynpunkt

Varumärken från konsument-synpunkt

En rättsvetenskaplig studie

Lars Pehrson

LiberFörlag Stockholm

ISBN 91-38-05939-8
Omslag av Hans Söderberg, LiberForm
© 1981 Lars Pehrson
Schmidts boktryckeri ab, Helsingborg 1981

Förord

Under hela avhandlingsarbetet har professor Ulf Bernitz varit min handledare. Jag är honom ett stort tack skyldig för den mängd information och goda råd han givit mig samt för hans aldrig sinande entusiasm.

Avhandlingen har utarbetats vid Institutet för immaterialrätt och marknadsrätt vid Stockholms Universitet. Den möjlighet som där finns att dagligen diskutera olika frågor och erhålla nya synpunkter har varit mycket värdefull och jag vill därför framföra ett tack till Institutets samtliga medarbetare.

Manuskriptet har renskrivits av fru Ulla Carlén och fru Inez Falkner. Sammanfattningen på engelska har språkgranskats av Ann och Michael Madigan. Jag är mycket tacksam för denna hjälp.

Avhandlingsarbetet har kunnat bedrivas under ovanligt goda ekonomiska förhållanden. Konsumentverket har under fyra år ställt medel till Universitetets förfogande för inrättandet av en forskartjänst. Vidare har jag under en kortare period erhållit stöd från Humanistiskt-Samhällsvetenskapliga Forskningsrådet. Genom ett stipendium från Max-Planck-Institut har jag beretts tillfälle att under sju månader studera vid dess Institut i München. Det angivna ekonomiska stödet, för vilket jag är mycket tacksam, har varit en förutsättning för avhandlingsarbetets genomförande.

Stockholm i februari 1981

Lars Pehrson

Innehåll

Förord 5

Förkortningar 13

1 Inledning 15

1.1 Syfte m m 15
1.2 Avgränsning 16
1.3 Terminologi 17
1.4 Plan för den fortsatta framställningen 18

2 Varumärkets faktiska funktioner och effekter 19

2.1 Vad är ett varumärke? 19
2.2 Konkurrensfunktionen 26
2.3 Särskiljningsfunktionen 30
2.3.1 Vad särskiljer varumärket? 31
2.3.2 Varumärkets särskiljningsgrund, det kommersiella ursprunget 32
2.3.2.1 Skillnaden mellan kommersiellt och faktiskt ursprung 33
2.3.2.2 Hur varumärket anger det kommersiella ursprunget 34
2.3.2.3 Varumärkets särskiljningsgrund från konsument-synpunkt 34
2.3.2.3.1 Varor som kännetecknas av olika varumärken kan ha samma faktiska och/eller kommersiella ursprung 34
2.3.2.3.2 Varor som kännetecknas av samma varumärke behöver inte ha samma faktiska och/eller kommersiella ursprung 37

2.3.2.3.3 Sammanfattning 39
2.3.2.4 Varumärkets särskiljningsgrund från varumärkesinnehavarens synpunkt 40
2.3.3 Särskiljningsfunktionen från konsumentsynpunkt 41
2.3.3.1 Diskussion av viss kritik mot varumärkessystemet 49
2.3.3.1.1 "Märkeslösa" varor 49
2.3.3.1.2 Bör varornas faktiska ursprung istället vara särskiljningsgrund? 51
2.3.3.1.3 Bör en näringsidkare endast få använda ett varumärke 53
2.3.3.2 Slutsatser 55
2.3.4 Särskiljningsfunktionen från varumärkesinnehavarens synpunkt 56
2.3.5 Något om varumärken som inte fyller någon särskiljningsfunktion, s k förråds- och defensivmärken 60
2.4 Varumärkets egenskapsantydande effekt 66
2.4.1 Effekter som inte är beroende av varumärkets beskaffenhet 67
2.4.1.1 En vara som kännetecknas av ett visst varumärke antas ha andra egenskaper än varor som kännetecknas av andra märken 68
2.4.1.2 Varumärket associeras med vissa konstanta egenskaper eller viss kvalitet 72
2.4.2 Suggestiva märken 74
2.4.3 Konsumentaspekter 82
2.4.3.1 Antagandet att en vara som kännetecknas av ett visst varumärke har andra egenskaper än varor som kännetecknas av andra märken 82
2.4.3.1.1 Skulle ett varuidentifikationssystem som endast särskiljer efter varornas egenskaper vara fördelaktigare för konsumenterna? 84
2.4.3.1.2 Särskilt om märkesdifferentiering 91
2.4.3.2 Antagandet att varumärket står som garant för vissa egenskaper eller viss kvalitet 100
2.4.3.3 Suggestiva märken 102
2.4.4 Varumärkesinnehavaraspekter 103
2.4.5 Sammanfattning 106
2.5 Samhällsekonomiska effekter 107

2.5.1 Konkurrensbegränsande effekt 108
2.5.2 Kostnadssänkande effekt 113
2.5.3 Konkurrensstimulerande, särskilt produktutvecklingsstimulerande effekt 117
2.5.4 Sammanfattning 120

3 Varukänneteckensskyddets uppkomst och de objekt det omfattar 122

3.1 Inledning. Konsumentaspekter 122
3.2 Skyddets uppkomst 123
3.2.1 Varumärkeslagen 123
3.2.1.1 Internationell utblick 125
3.2.2 Marknadsföringslagen 126
3.2.2.1 Övrig nordisk rätt 130
3.2.2.1.1 Dansk rätt 130
3.2.2.1.2 Finsk rätt 133
3.2.2.1.3 Norsk rätt 135
3.2.2.2 Tysk rätt 138
3.2.2.3 Amerikansk rätt 142
3.2.2.4 Pariskonventionens art 10 bis 146
3.2.2.5 Sammanfattning och slutsatser 147
3.3 De typer av objekt som kan erhålla skydd 150
3.3.1 Varumärkeslagen 150
3.3.2 Marknadsföringslagen 153
3.4 Närmare om vissa förutsättningar för skydd 154
3.4.1 Varumärkeslagen 154
3.4.1.1 Inarbetningskriteriet 154
3.4.1.2 Kravet på särskiljningsförmåga 163
3.4.1.3 Särskilt om varu- och förpackningsutstyrslar 181
3.4.2 Marknadsföringslagen 188
3.4.2.1 Kravet på särprägel 191
3.4.2.2 Kravet på inarbetning 199

4 Är förväxlingsreglerna utformade så att faktiskt förväxlingsbara varukännetecken inte kan skyddas eller användas 205

4.1 Inledning 205

4.2 Förväxlingsreglerna. Innebörd och syfte 207
4.3 Förväxling som hinder för uppkomsten av varumärkesskydd 212
4.3.1 Analysens omfattning 212
4.3.2 Märkeslikhetsbedömningen 213
4.3.2.1 Vem förväxlar? 214
4.3.2.2 Den avgörande situationen 216
4.3.2.3 Helhetsbedömning 217
4.3.2.4 Betydelsen av att det mothållna märket är mycket känt 222
4.3.2.5 Betydelsen av vilken vara märkena kännetecknar 223
4.3.2.6 Ordmärken 225
4.3.2.7 Figur- och utstyrselmärken 235
4.3.2.8 Förväxling mellan olika typer av varumärken 242
4.3.3 Varuslagslikhet 244
4.3.3.1 Huvuddragen hos reglerna 244
4.3.3.2 Varuslagslikhetens, välkändhetens och andra omständigheters betydelse för uppkomsten av faktiska förväxlingar 246
4.3.3.3 Varuslagslikhetsbedömningen i praxis 253
4.3.3.3.1 Varuslagslikhet på grund av likhet mellan varornas sammansättningar, användningsområden eller ändamål 253
4.3.3.3.2 Betydelsen för varuslagslikhetsbedömningen av sådana omständigheter som inte direkt sammanhänger med själva varan 262
4.3.3.3.3 Betydelsen av vida och generella varuslagsangivelser 265
4.3.3.4 Kodakregeln 268
4.3.3.4.1 Behandlingen av särskilt kända märken i tysk och amerikansk rätt 273
4.3.3.5 Sammanfattning och slutsatser 275
4.3.4 Förväxlingsprövningens genomförande 277
4.3.5 Betydelsen av lämnat medgivande 279
4.4 Förväxling som hinder mot användning 282
4.4.1 Varumärkeslagen 282
4.4.1.1 Märkeslikhetsbedömningen 285
4.4.1.2 Varuslagslikhetsbedömningen 291

4.4.1.3 Taleberättigade vid varumärkesintrång 292
4.4.1.4 Förväxling kan vara vilseledande 293
4.4.1.5 Slutsatser och åsikter de lege ferenda 296
4.4.2 Förväxlingsbedömningen enligt marknadsföringslagen 300

5 Varumärkesrättens omfattning avseende användningsområde och användningssätt 308

5.1 Näringsverksamhet. Kännetecknensanvändning 308
5.1.1 Konsumtionsprincipen 309
5.1.1.1 Parallellimport och andra importsituationer 310
5.1.1.1.1 Något om rättsläget inom EG 321
5.1.2 Försäljning av bearbetade eller förändrade varor 335
5.1.3 Åberopande av annans varumärke i reklam för reservdelar, tillbehör och service 338
5.1.4 Varumärkesanvändning i jämförande reklam 343
5.2 Vilseledande om kommersiellt ursprung som en följd av kännetecknensinnehavarens egna åtgärder 344
5.2.1 Överlåtelse 344
5.2.2 Licens 355

6 Varukännetecken som är vilseledande utan att vara förväxlingsbara 360

6.1 Registreringshindret för uppenbart vilseledande varumärken 362
6.1.1 I praxis behandlade typer av vilseledande 368
6.1.1.1 Vilseledande om geografiskt ursprung 370
6.1.1.2 Vilseledande om den kännetecknade varans egenskaper 373
6.1.2 Tysk rätt 376
6.1.3 Amerikansk rätt 377
6.1.4 Slutsatser 379
6.2 Förbud m m mot användning av vilseledande varukännetecken 380
6.2.1 Varumärkeslagens regler 380
6.2.1.1 Allmänt 380
6.2.1.1.1 Tysk rätt 385

6.2.1.1.2 Amerikansk rätt 386
6.2.1.2 Kännetecken som är vilseledande efter överlåtelse eller licens 392
6.2.1.2.1 Tysk och amerikansk rätt 398
6.2.1.3 Innehavarens fortsatta användning av ett varukännetecken för varor vars egenskaper har förändrats 401
6.2.1.4 Märkesdifferentiering 405
6.2.2 Marknadsföringslagen 408
6.2.2.1 Allmänt om generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring 408
6.2.2.2 Kännetecken som i sig vilseleder om varors beskaffenhet, kvalitet, användningsområden m m 416
6.2.2.2.1 Ordmärken 416
6.2.2.2.2 Figurmärken 427
6.2.2.2.3 Förpackningar 429
6.2.2.3 Näringskännetecken som vilseleder om verksamhetens innehavare eller associationsform 433
6.2.2.4 Vilseledande om geografiskt ursprung 438
6.2.2.5 I sig ej vilseledande kännetecken 443
6.2.2.5.1 Fortsatt bruk av ett sedan länge använt varukännetecken för varor vars egenskaper har förändrats 444
6.2.2.5.2 Märkesdifferentiering 451
6.2.2.5.2.1 Märkesdifferentiering enligt 3 § MFL 467
6.3 Hävning av registrering av degenererade varumärken 470

English Summary 472

Åberopad litteratur 477

Åberopade rättsfall 495

Förkortningar

ALR	American Law Reports
ALR2d	„ , second series
AIPPI	Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichthofs in Zivilsachen
Cal L R	California Law Review
CMLRev	Common Market Law Review
Col L R	Columbia Law Review
F	Federal Reporter
F2d	„ , second series
FL	Firmalagen
FTC	Federal Trade Commission
GRUR	Gewerblicher Rechtsschuts und Urheberrecht, Inlandsteil
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschuts und Urheberrecht, Internationaler Teil
IDEA	The Journal of Law and Technology
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
IKL	Lagen om illojal konkurrens
JFT	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JPE	Journal of Political Economics
Ju	Justitiedepartementet
JW	Juristische Wochenschrift
KBL	Konkurrensbegränsningslagen
KO	Konsumentombudsmannen
LU	Lagutskottet

MA	Markenartikel
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen
MuW	Markenschutz und Wettbewerb
NIR	Nordiskt immateriellt rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NO	Näringsfrihetsombudsmannen
ParisK	Pariskonventionen
PKF	Pris- och kartellfrågor
prop	Proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
QJE	Quaterly Journal of Economics
RegR	Regeringsrätten
RomF	Romfördraget
RPC	Reports of Patent, Design and Trademark Cases
Rt	Retstidende
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TfR	Tidskrift for rettsvitenskap
TMR	Trademark Reporter
TRT	Trademark Registration Treaty
UfR	Ugeskrift for retsvæsen
US	United States Supreme Court Reports
USPQ	United States Patent Quaterly
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WIPO	World Intellectual Property Organization
VmF	Varumärkesförordningen
VmL	Varumärkeslagen
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WZG	Warenzeichengesetz
Yale L J	Yale Law Journal
ÄVmL	Äldre varumärkeslagen

1 Inledning

1.1 Syfte m m

Syftet med denna avhandling är att analysera de varumärkesrättsliga regler som har särskild betydelse för allmänheten, konsumenterna. Någon mer omfattande undersökning av varumärkesrätten från denna synpunkt har såvitt mig är bekant aldrig tidigare gjorts, även om olika delfrågor berörts i skilda sammanhang. Motivet till att göra en sådan undersökning har dock med tiden blivit allt starkare. En orsak härtill är att varumärkena på grund av marknadsföringens inriktning och distributionssystemets struktur kommit att få allt större betydelse för konsumenternas produktval. Under 1970-talet tillkom vidare ett flertal konsumentskyddande lagar, däribland 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring. Lagen utvidgades 1975 och fick därvid även officiellt namnet marknadsföringslagen. Denna lag kompletterar på ett flertal områden varumärkeslagens regler.

Vid en undersökning av varumärkeslagstiftningen från konsumentsynpunkt blir den första uppgiften att försöka fastställa hur varumärkena uppfattas av konsumenterna och vilka rättsregler som har störst intresse för dem. Traditionellt synes man ha ansett att konsumenterna framför allt har ett intresse av att inte sådana varumärken används som vilseleder konsumenterna om varors egenskaper, beskaffenhet, användningsområden m m. Självfallet är detta en central fråga. Under utarbetandet av denna avhandling har det emellertid visat sig att den funktion hos varumärket som är viktigast för varumärkesinnehavarna, nämligen att särskilja olika varor efter deras kommersiella ursprung, är den betydelsefullaste även för konsumenterna. Utan varumärken skulle det vara helt

omöjligt att överblicka varuutbudet. De bestämmelser som reglerar varumärkesskyddets uppkomst och omfattning är därför även från konsumentsynpunkt de mest centrala.

När det gäller att fastställa vilken eller vilka funktioner hos varumärkena som har störst betydelse för konsumenterna är det självfallet viktigt att få vetskap om hur varumärkena faktiskt uppfattas, vad de symboliserar. Några experimentella undersökningar i syfte att fastställa detta har jag dock inte kompetens att utföra. Framställningen om varumärkets faktiska funktioner och effekter bygger därför till stor del på uppgifter som jag funnit i marknadsföringslitteraturen. I övrigt används i avhandlingen traditionellt juridiskt material, såsom lagtexter, rättsfall, förarbeten och doktrin.

Såvitt gäller tolkningen av varumärkeslagen hänvisas på ett stort antal ställen till uttalanden i varumärkes- och firmautredningens förslag till varumärkeslag, SOU 1958: 10. Anledningen härtill är framför allt att detta fortfarande är den mest omfattande allmänna framställningen på varumärkesrättens område i Sverige. Jag anser dock självfallet inte att utredningens uttalanden är bindande och därför måste följas av domstolarna och patentverket. Det kan dock konstateras att dessa i det alldeles övervägande antalet fall följt utredningens rekommendationer.

1.2 Avgränsning

Framställningen tar sikte på den svenska varumärkesrätten, d v s varumärkeslagens och marknadsföringslagens regler. Eftersom de nordiska varumärkeslagarna är mycket lika utnyttjas dock även material från de övriga nordiska länderna. För att få perspektiv på framställningen och kunna peka på alternativa lösningar, behandlas dessutom tysk och amerikansk rätt. När det gäller amerikansk rätt berörs i princip endast de federala reglerna, medan den delstatliga lagstiftningen helt förbigås. Tysk rätt har valts därför att den särskilt tidigare har haft mycket stort inflytande på den svenska varumärkeslagstiftningen. Amerikansk rätt används som jämförelseobjekt därför att den bygger på delvis helt andra principer än den svenska. Som det anförda antyder syftar behandlingen av den utländska rätten inte till att närmare analysera rättsläget i des-

sa länder, utan avsikten är endast att materialet skall ge perspektiv åt de svenska reglerna.

I diskussionen om varumärkenas betydelse för konsumenterna har i debatten, åtminstone muntligen, framförts vissa tankar som knappast är förenliga med det marknadsekonomiska system som nu råder i Sverige. Det bör därför framhållas att det som sägs i denna avhandling utgår från att detta ekonomiska system inte undergår några större förändringar.

1.3 Terminologi

Terminologin i denna avhandling torde inte kräva några närmare förklaringar. Ett par undantag finns dock. Grundläggande för framställningen är givetvis vad som menas med begreppen *varumärke* och *varukännetecken*. Båda dessa begrepp förklaras i inledningen till följande kapitel.[1]

Ordet *konsument* används i sin juridisk tekniska betydelse, d v s som beteckning på privatpersoner som förvärvar nyttigheter huvudsakligen för enskild förbrukning.[2] Detta hindrar dock inte att vad som sägs om konsumenter i många fall även kan vara giltigt för andra personer.

Två begrepp som har särskild betydelse enligt varumärkeslagen är *förväxling* och *vilseledande*. Ett varumärke anses förväxlingsbart om det är så likt ett annat märke att allmänheten får uppfattningen att de varor de bägge varumärkena kännetecknar härstammar från samma näringsidkare, d v s att varorna har samma kommersiella ursprung. Vilseledande anses sådana märken vara som är ägnade att ge konsumenterna en felaktig uppfattning om egenskaperna eller beskaffenheten m m hos de kännetecknade varorna. Det sagda hindrar dock inte att förväxlingsbara märken i vissa situationer kan anses vilseledande. Förhållandet mellan förväxlingsbara och vilseledande varumärken analyseras närmare nedan.[3] I samband med marknadsföringslagen brukar man däremot inte tala om förväxlingsbara varumärken utan istället om varumärken

1. Se nedan s 22.
2. Bernitz, Konsumentskyddet, i Svensk rätt i omvandling s 77.
3. Se nedan s 293 ff.

som vilseleder om kommersiellt ursprung.

Angående innebörden av begreppet *kommersiellt ursprung* hänvisas till vad som sägs nedan på s 32 ff.

1.4 Plan för den fortsatta framställningen

Den fortsatta framställningen är disponerad på följande sätt.

Kapitel 2 innehåller en beskrivning av varumärkenas faktiska funktioner och effekter, sedda framför allt från konsumentsynpunkt.

I *kapitel 3* behandlas varumärkesskyddets uppkomst. Analysen tar framför allt sikte på vilka objekt som kan erhålla skydd och vilka åtgärder som härvid behöver vidtas.

I *kapitel 4* undersöks varumärkeslagens och marknadsföringslagens förväxlingsregler.

Kapitel 5 tar sikte på varumärkesskyddets omfattning avseende användningsområde och användningssätt. Där behandlas bl a parallellimport samt överlåtelse och licensiering av varumärke.

Kapitel 6 behandlar varumärken som på olika sätt vilseleder konsumenterna om de kännetecknade varornas beskaffenhet, kvalitet, egenskaper m m.

Avhandlingen avslutas med en sammanfattning på engelska.

Som framgår av det sagda innehåller avhandlingen inget historiskt avsnitt. Ett kort inledande sådant kan knappast tillföra något nytt. Jag hänvisar därför istället till de framställningar som redan finns, för svensk del framför allt Tisell, Om varumärkesskydd och varumärken, Lund 1913, Heiding, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken, Uppsala 1946 s 11 ff och SOU 1958: 10 s 29 ff.

2 Varumärkets faktiska funktioner och effekter

2.1 Vad är ett varumärke?

Inte någon av de viktigaste internationella konventionerna på varumärkesrättens område innehåller någon definition av begreppet varumärke.[1] I ParisK:s art 1 anges således utan förtydliganden att konventionen är tillämplig på

"... les marques de fabrique ou de commerce, les marques de service, le nom commercial et les indications de provenance ou appellations d'origine ...".

I den svenska översättningen används uttrycket "fabriks- och handelsmärken" i stället för termen varumärke som översättning på "les marques fabrique ou de commerce".[2] I den engelska översättningen används ordet trademark.

I Bodenhausens auktoritativa kommentar till ParisK anges att varumärke vanligen definieras som "a sign serving to distinguish the goods of one enterprise from those of other enterprises".[3] Be-

1. Hit har räknats Pariskonventionen, 1967 års Madridöverenskommelse om internationell varumärkesregistrering, Niceöverenskommelsen om internationell klassificering av varor och tjänster vid registrering av varumärken och Trademark Registration Treaty (TRT). I den sistnämnda ges visserligen operationella definitioner av begreppen "mark", "national mark" och "regional mark", art 2 (v), (vi) resp (vii). Begreppet "mark" definieras dock med hjälp av begreppet "trademark" samt "national mark" och "regional mark" med hjälp av "mark".
2. ParisK är i svensk översättning återgiven i bl a prop 1969: 168 s 298 ff och Bernitz-Lokrantz-Bernitz-Essén, Immaterialrättslagstiftningen s 315 ff.
3. Bodenhausen, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property s 22. Samma Ladas, Patents, Trademarks and Related Rights s 974. Denne gör på s 974 ff en noggrann analys av hur termen varumärke definieras i olika rättsordningar.

greppet servicemärke definieras på motsvarande sätt för tjänster.[4] Däremot sägs inget om vilka typer av objekt som skall kunna erhålla skydd som varumärke utan detta kan medlemsstaterna själva bestämma över.

Att ParisK saknar definition av begreppet varumärke har uppfattats som en brist. Visserligen råder enighet om att varumärket har till funktion att särskilja olika näringsidkares varor.[5] Enigheten omfattar däremot inte vilka typer av objekt som kan fungera som varumärke. AIPPI (Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle) har därför, på grundval av ett komparativt studium av varumärkeslagstiftningen i ett stort antal länder och efter långa diskussioner, utarbetat en för internationellt bruk avsedd definition av beteckningen varumärke.[6] Definitionen lyder:[7]

I. A mark is a sign capable of distinguishing the products or services of a person or of a group of persons.

The distinctive character of a mark, in respect of the goods or services designated by it, arises from the nature of the sign or of the use which has been made of it.

II. The following signs are capable of constituting marks, on the sole condition that they are distinctive or have become distinctive for the products or services which they designate:

1. Words or collections of words, whether invented or not, including the titles of daily or periodical publications, the titles of collections of works, slogans;
2. Letters;
3. Numerals;
4. Devices including for example signatures, portraits, drawings, pictures and insignia, emblems and monograms;
5. Proper names, including surnames (family names), given names and pseudonyms, as well as characteristic parts or abbreviations of trade names;
6. The shape or any other presentation of products, or of their con-

4. Bodenhausen, a s.
5. Ladas, a a s 974.
6. Ladas, a a s 974 f med hänvisningar till AIPPI:s Annuaire. Se också Beier-Reimer, Preparatory Study for the Establishment of a Uniform International Trademark Definition, 45 TMR s 1266 ff (1955), Medcalf, Vergleichende Studie des Begriffs der Marke in den einzelnen Ländern, GRUR Int 1961 s 461 ff.
7. AIPPI Annuaire 1963/I s 83.

tainers and their packages, on condition that they are not exclusively functional in nature;
7. Colors in combination with signs;
8. Combinations of colors;
9. Any combination of the signs enumerated above.

AIPPI:s definition har fått praktisk betydelse bl a genom att den ligger till grund för definitionen av varumärke i sec 5 i den föreslagna EEC-varumärkesförordningen.[8]

Definitioner av begreppet varumärke finns också i olika modellagar. I art 1 i den av internationella handelskammaren 1959 utarbetade varumärkesmodellagen stadgas sålunda:

"A trademark shall mean any mark used or proposed to be used upon, in connection with, or in relation to goods for the purpose of distinguishing the goods of a person from those of others.

As such may serve any distinctive sign, including a word, name, device, or any combination thereof."

En annan definition finns i 1 § i BIRPI:s Model Law for Developing Countries on Marks, Trade Names, Indications of Origin and Acts of Unfair Competition. Där definieras ett varumärke som

"any visible sign intended to distinguish the goods of one enterprise from those of another".

Motsvarande definition gäller för "service mark".

I den svenska varumärkeslagen beskrivs varumärket som ett särskilt kännetecken med funktion att särskilja de varor innehavaren tillhandahåller i sin rörelse från andra näringsidkares varor, 1 §, 1 st VmL. Med varor jämställs tjänster, 1 §, 3 st VmL. Beteckningen servicemärke är därför relativt ovanlig i svensk litteratur.

Enligt svensk rätt kan i princip alla typer av objekt erhålla skydd.[9] Visserligen kan endast figurer, ord, bokstäver, siffror eller säregna varu- och förpackningsutstyrslar registreras som varumärken, 1 §, 2 st VmL, men genom inarbetning kan också alla andra

8. Se Memorandum on the creation of an EEC trade mark, Bulletin of the European Communities, Supplement 8/76 s 21.
9. Se härom närmare nedan s 150 ff.

typer av varukännetecken skyddas, 2 §, 2 st VmL.

I varumärkeslagen används både beteckningen varumärke och beteckningen varukännetecken. De kännetecken beteckningarna används för fyller samma funktion. Som varumärken betecknas emellertid bara de typer av objekt som enligt 1 §, 2 st VmL kan registreras, dock oavsett om registrering faktiskt skett, medan varukännetecken inkluderar alla typer av objekt.

I 1 § tyska Warenzeichengesetz beskrivs varumärket (das Warenzeichen) indirekt på följande sätt:

"Wer sich in seinem Geschäftsbetrieb zur Unterscheidung seiner Waren vom den Waren anderer eines Warenzeichens bedienen will, kann dieses Zeichen zur Eintragung in die Zeichenrolle anmelden."

I tysk rätt saknas uttryckliga bestämmelser om vilka typer av objekt som kan skyddas som varumärken vilket har gett upphov till viss oklarhet. Klart är att ord, slogans, bokstäver, siffror, bilder och kombinationer därav kan registreras.[10] Däremot är det osäkert i vilken mån tredimensionella märken kan registreras.[11]

Alla typer av objekt som i näringsverksamhet används som kännetecken för de varor kännetecknensinnehavaren tillhandahåller i sin rörelse kan emellertid erhålla skydd som "Ausstattung".[12] Det är alltså här fråga om kännetecken som fyller precis samma funktion som "Warenzeichen". Skyddet för "Ausstattung", som är lika omfattande som varumärkesskyddet,[13] uppkommer automatiskt för de kännetecken som blivit så kända att de erhållit "Verkehrsgeltung". Stora likheter finns alltså mellan det svenska inarbetningsskyddet och skyddet för "Ausstattung".

Till skillnad från den svenska varumärkeslagen och den tyska Warenzeichengesetz innehåller den federala amerikanska varumärkeslagen, Lanham Act, i sec 45 en uttrycklig definition av begreppet varumärke ("trademark"):

10. Baumbach-Hefermehl II, § 1 anm 64 ff, Hubmann, Gewerblicher Rechtsschutz s 198.
11. Se närmare nedan s 151.
12. Baumbach-Hefermehl II, § 25 anm 2, Beier, Basic Features of Anglo-American, French and German Trademark Law, IIC 1975 s 300 f, Busse, § 25 anm 8 ff, Hubmann, a a s 225.
13. Beier, Gedanken zum Verhältnis von Warenzeichen- und Ausstattungsschutz im künftigen deutschen Markenrecht, GRUR 1967 s 629 f.

"The term "trade-mark" includes any word, name, symbol, or device or any combination thereof adopted and used by a manufacturer or merchant to identify his goods and distinguish them from those manufactured or sold by others."

"The term "service mark" means a mark used in the sale or advertising of services to identify the services of one person and to distinguish them from the services of others. Titles, character names and other distictive features of radio or television programs may be registered as service marks notwithstanding that they, or the programs, may advertise the goods of a sponsor."[14]

Ovanstående definitioner gäller formellt bara för Lanham Act. De anses emellertid också gälla inom common law[15] vilket framstår som konsekvent mot bakgrund av att ett av syftena med Lanham Act är att skapa en möjlighet att registrera de märken som är skyddade enligt common law.

Sec 45 Lanham Act anger sålunda att ett varumärke kan bestå av ord, namn, symboler eller figurer medan servicemärken också kan bestå av titlar, "character names" och andra särskiljande drag i radio och TV. Fram till 1958 ansågs definitionerna innehålla fullständiga uppräkningar av de objekt som kunde registreras i "Principal register". Bl a varu- och förpackningsutstyrslar kunde därför inte registreras. 1958 beviljades emellertid registrering av en flaska som varumärke.[16] Senare har också uttalats att sec 45 inte innehåller någon fullständig uppräkning av de objekt som kan fungera

14. Sec 45 innehåller också definitioner av termerna "certification mark", "collective mark" och "mark".
15. Callman, Unfair Competition, Trademarks and Monopolies, vol 3 s 2, McCarthy, Trademarks and Unfair Competition, vol 1 s 105. Tidigare skiljde man i common law mellan "(technical) trademarks" och "trade names" (= non-technical trademarks). Med "trademarks" avsågs, såvitt gäller ordmärken, bara sådana som ej på något sätt var deskriptiva, dvs oftast bara fantasiord, medan "trade names" betecknade ord som var mer eller mindre deskriptiva. De senare skyddades bara om de genom användning erhållit "secondary meaning" och då enligt reglerna om otillbörlig konkurrens ("unfair competition"). "Trademarks" skyddades däremot enligt reglerna om varumärkesintrång ("trademark infringement"). Numera räknas alltså båda dessa typer av märken som "trademarks". Termen "trade name" motsvarar nu i stället näringskännetecken. Se om utvecklingen Callman, a a s 20 ff och McCarthy, a a s 97 ff. Se också Handler-Picketts kända artikel, Trade-Marks and Trade Names, 30 Col L R s 168 ff, 759 ff (1930).
16. Ex parte Haig & Haig Ltd, 118 USPQ 229 (1958).

som varumärken.[17] Ståndpunkten är rimlig med tanke på att det i sec 23 anges att förpackningar och varuutstyrslar som kan fungera som varumärken kan registreras i "Supplemental register". I de kända Sears- och Compco-avgörandena 1964 förvägrades emellertid två oregistrerade varuutstyrslar skydd.[18] Som en följd av dessa båda avgöranden är det osäkert om några och i så fall vilka skyddsmöjligheter som står till buds för varu- och förpackningsutstyrslar. Frågan kommer något närmare att beröras nedan.[19]

Några enligt ekonomisk terminologi internationellt uttryckligen accepterade definitioner av begreppen märke och varumärke finns inte. Stor enighet synes ändå råda om innebörden av dessa begrepp.

Med uttrycket märke ("brand") menas vanligen

> "a name, term, sign, symbol, or design, or a combination of them which is intended to identify the goods or services of one seller or group of sellers and to differentiate them from those of competitors."[20]

Beteckningen varumärke reserveras normalt för sådana märken som är skyddade enligt varumärkeslagstiftningen.[21] Den ekonomiska terminologin anknyter alltså till den juridiska. Det bör dock observeras att enligt juridisk terminologi även oskyddade märken kan vara varumärken.[22] I viss mån kan man därför säga att varumärke är den juridiska motsvarigheten till det ekonomiska begrep-

17. In re Kotzin, 125 USPQ 347 (1960), 52 TMR 55 (1962).
18. Sears, Roebuck & Co v. Stiffel Co, 376 US 225, 54 TMR 217 (1964), Compco Corp v. Day-Brite Lighting Inc, 376 US 234, 54 TMR 223 (1964).
19. Se nedan s 151 f, 181 ff.
20. Kotler, Marketing Management s 190 i anslutning till definitionen i Marketing Definitions, A Glossary of Marketing Terms, Chicago 1960. Liknande McCarthy, Basic Marketing s 255, Phelps-Westing, Marketing Management s 130 f. I ett engelskt uppslagsverk, Hart & Sapleton, Glossary of Marketing Terms, beskrivs begreppet "brand" som "Established product name, wholly of a proprietary nature, and usually listed within the Register of Patents". I engelskspråkig litteratur talas också ofta om "brand names" dvs "brands" som kan uttalas respektive "brand marks" dvs märken som inte kan uttalas, se ex Kotler, a a s 190 f.
21. Kotler, a a s 191, McCarthy, a s. Något annorlunda Phelps-Westing, a a s 131. I Hart & Stapletons i föregående not anförda arbete beskrivs ett "trademark" som "Mark used in relation to goods so as to indicate a connection in the coarse of trade between the goods and the propriator or registered supplier. Registration under the appropriate Act provides exclusive right to usage."
22. Se exempelvis 2 och 14 §§ VmL, 2 § WZG och sec 2 Lanham Act.

pet märke.[23] Helt parallella är dock inte begreppen.

Sammanfattningsvis kan sägas att enighet råder om att beteckningen varumärke åsyftar ett kännetecken med viss funktion, nämligen att särskilja en viss persons eller ett visst företags varor från andra personers eller företags varor.[24] Det är således varumärkets funktion som skiljer det från andra typer av kännetecken. Ofta inkluderas i begreppet varumärke också kännetecken som på angivet sätt särskiljer tjänster. Alternativt benämns sådana kännetecken servicemärken.

Funktionsbeskrivningarna varierar dock på så sätt att vissa, t ex den i Lanham Act, utgår från att varumärket faktiskt används i angiven funktion, medan det enligt andra, t ex AIPPI:s, är tillräckligt att märket har möjlighet att fylla denna funktion.[25] Anledningen härtill är förmodligen att användning i USA, i motsats till i de flesta andra stater, är en förutsättning för varumärkesskydd. Vissa andra skillnader finns också. AIPPI:s definition innehåller t ex, i motsats till beskrivningen i 1 § VmL, inget krav på att märket skall användas i näringsverksamhet.

Det kan vidare noteras att ingen av definitionerna innehåller något krav på att den angivna funktionen skall vara den enda varumärket fyller. Som vi skall se i följande avsnitt är så ej heller fallet i praktiken.

Enigheten är mindre när det gäller vilka typer av objekt som kan skyddas som varumärken. Oftast är den krets av objekt som kan skyddas genom registrering mer begränsad än den som kan erhålla skydd genom användning av viss omfattning. Vilka objekt som kan vara föremål för skydd kommer närmare att analyseras nedan.[26]

---

23. McCarthy, Trademarks and Unfair Competition, Vol 1 s 108, Leeds, Brandnames are Trademarks, 49 TMR s 596 ff (1959), Phelps-Westing, a a s 131.
24. Ladas, a a s 974.
25. Lite förvånande är det därför att beskrivningen i 1 § i tyska WZG närmast tyder på att ett kännetecken måste användas för att klassificeras som ett varumärke eftersom användning enligt tysk rätt inte är någon förutsättning för varumärkesskydd.
26. Se nedan s 150 ff.

2.2 Konkurrensfunktionen

Nyss har konstaterats att varumärket enligt sin definition har till uppgift att särskilja olika näringsidkares varor från varandra. I det följande skall närmare undersökas hur varumärket fyller denna och andra uppgifter.

Att varumärket fyller en mängd mer eller mindre viktiga funktioner av både mikro- och makroekonomisk art är kanske lättast att förstå om man försöker tänka sig ett samhälle helt utan varumärken.[1] Alla produkter skulle då säljas endast under sin varubenämning, t ex TV, sko, färg, tandkräm osv.[2] Reklam skulle inte heller förekomma, eftersom denna inte kunde förbindas med reklamsändarens varor och därför skulle bli verkningslös för denne. Det är lätt att föreställa sig vilka enorma skillnader som råder mellan en sådan varumärkeslös marknad och en marknad som den svenska konsumentvarumarknaden. Dessa skillnader består inte bara i att de olika mer eller mindre direkta effekterna av varumärkesanvändningen uteblir, utan också i att näringsidkarnas incitament att utveckla sina produkter kan komma att starkt påverkas.[3]

Eftersom varumärkets olika faktiska funktioner uppkommer genom en växelverkan mellan varumärkesinnehavarens sätt att använda sitt eller sina varumärken och de associationer konsumenterna får när de kommer i kontakt med dem, synes det mest fruktbart att behandla de olika funktionernas betydelse för konsumenterna och märkesinnehavarna parallellt.

Även om detta kapitel syftar till att ge en beskrivning av varumärkets faktiska funktioner kan inte bortses från de varumärkesrättsliga reglerna, eftersom dessa regler drar upp gränserna för hur varumärkena får användas och därmed också för vilka funktioner varumärkena kan fylla. I detta kapitel kommer dock rättsreglerna att hållas i bakgrunden.

I den juridiska litteraturen påstås ibland[4] att varumärkets faktiska funktioner inte påverkar det existerande varumärkesskyddets

1. Jfr Howarth, Are Trademarks Necessary?, 60 TMR s 228 (1970).
2. Inte heller firman skulle anges eftersom denna då skulle komma att fylla en varumärkesfunktion.
3. Ang de s k märkeslösa varor som dykt upp under senare år se nedan s 49 ff.
4. Ex Loewenheim, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, s 225.

omfattning. Somliga kanske därför frågar sig vilken betydelse en framställning av varumärkets faktiska funktioner har i en juridisk framställning. Åtminstone för svensk rätts del är emellertid nyssnämnda påstående inte helt korrekt. När det gäller omfattningen av varumärkesinnehavarens ensamrätt till sitt märke har visserligen varumärkets faktiska funktioner liten betydelse.[5] Vid bedömningen av huruvida ett märke är vilseledande är däremot de faktiska funktionerna eller effekterna avgörande både enligt VmL och MFL. Huvudsyftet med detta avsnitt är emellertid att beskriva varumärkets faktiska funktioner för att kunna göra en värdering av vilka varumärkesrättsliga frågor som har störst betydelse för konsumenterna. En sådan beskrivning kan också ge svar på frågan om den rättsliga regleringen bygger på korrekta förutsättningar.

I Sverige liksom i de flesta andra länder med liknande ekonomiskt system råder inget tvång för näringsidkare att märka sina varor med ett varumärke.[6] Varje näringsidkare avgör således själv om och i så fall vilket eller vilka varumärken han skall använda. Vid en beskrivning av varumärkets faktiska funktioner och effekter är det därför lämpligast att utgå från varumärkesinnehavarens intentioner, oavsett om beskrivningen tar sikte på varumärkets funktioner för konsumenterna eller varumärkesinnehavarna.

Det avgörande för om en näringsidkare överhuvud taget använder varumärken, och i så fall vilket eller vilka, är rimligen, om han tror att användningen kommer att göra det lättare än eljest för honom att nå målen med sin näringsverksamhet. Varumärkets grundläggande funktion för varumärkesinnehavaren är alltså dess *konkurrensfunktion.*

I nordisk juridisk litteratur har flera författare framfört liknande uppfattningar. Andreasen hävdar[7] att varumärket först och främst har till funktion att "virke som Reklamemiddel til Betryggelse og videre Udbygning af den individuelle Kreds af Ervervsfor-

5. I SOU 1958: 10 s 137 uttalas dock t ex ang omfattningen av Kodak-skyddet att detta i varje fall "sträcka sig så långt, att risk icke uppstår att konsumenterna uppfatta varorna såsom utgångna ur samma rörelse eller ur samverkande rörelser".
6. Så har också länge varit fallet, se Förslag till lag angående skydd för varumärken, Stockholm 1882 s 5.
7. Varemærkeretten i konkurrenceretlig belysning s 197 f.

bindelser" och Koktvedgaard[8] anser att varumärket kan definieras som "et symbol, der er egnet til at befordre en erhvervsdrivendes afsætning".[9]

I praktiken torde det emellertid för en näringsidkare på konsumentvarumarknaden oftast framstå som självklart att han skall använda ett eller flera varumärken eftersom distributions- och reklamväsendet närmast förutsätter detta.[10] För distributionsföretag kan det dock ofta vara tveksamt huruvida man skall använda sig av ett eget distributörsmärke eller ej.[11]

Konsumentvarumarknadens struktur är emellertid till viss del också en följd av att varumärken används i så stor omfattning som är fallet.[12] Det är alltså här fråga om en "feedback-situation". Användningen av varumärken har lett till att distributionsväsendet fått en sådan struktur att användningen av varumärken därför ofta är en ekonomisk nödvändighet. Sagda förhållande utgör således ett exempel på en situation där varumärkesanvändningen fått en effekt som knappast är direkt åsyftad av en enskild varumärkesinnehavare.

Användningen av varumärken utgör en av varumärkesinnehavarens marknadsföringsåtgärder. Sådana åtgärder brukar indelas i fyra olika grupper nämligen åtgärder avseende

---

8. Immaterialretspositioner s 171 och i anslutning till Koktvedgaard också Tiili, Om varumärkets funktioner, NIR 1970 s 249. Se också Rissanen, Varumärkena och deras betydelse, NIR 1977 s 5 ff. Liknande tankegångar har också framförts av Schechter, The Rational Basis of Trademark Protection, 60 TMR s 334 ff (1970) och Troller, Wesen und Unwesen der Marke, Festschrift für Philipp Möhring s 304 f. Se också Riehle, Markenrecht und Parallelimport s 118.
9. I Andreasens och Koktvedgaards arbeten Varemærkeretten i konkurrenceretlig belysning resp Immaterialretspositioner och också av Holmqvist i artikeln Varumärkeslagen och konkurrensrelationen, NIR 1977 s 347 ff används olika sammansättningar av ordet konkurrens i en något annan betydelse än här. Med uttrycket att varumärket har en konkurrensfunktion menas här att märket utgör ett konkurrensmedel som kan ge konkurrensfördelar gentemot övriga näringsidkare. Andreasens, Koktvedgaards och Holmqvists arbeten tar mer sikte på varumärkets funktion och varumärkesskyddets omfattning mellan näringsidkare som står i en viss konkurrensrelation till varandra. I dessa arbeten används alltså sammansättningar av ordet konkurrens för att beteckna mer relationsbundna situationer.
10. Jfr Phelps-Westing, a a s 137 f.
11. McCarthy, Basic Marketing s 257 ff, Phelps-Westing, a a s 140 ff.
12. 31/12 1979 fanns enligt PRV:s årsberättelse 82.994 varumärken reigstrerade i varumärkesregistret.

1. själva produkten (t ex kvalitet, förpackning, service),
2. produktens tillgänglighet (t ex försäljningsställen),
3. produktens marknadsföring i inskränkt mening (= promotion, t ex annonsering och andra säljfrämjande åtgärder) samt
4. produktens pris (t ex rabatterbjudanden och krediter).[13]

Användningen av varumärken påverkar i första hand konsumenternas uppfattning av den kännetecknade produkten men kan också utgöra ett led i åtgärder som ingår i övriga nämnda grupper. Normalt har härvid varumärkesanvändningen ensam inte så stor betydelse. Viktigt är dock att den harmonierar med övriga åtgärder för att de av varumärkesinnehavaren önskade effekterna skall kunna uppnås. De frågor som härvid blir aktuella är exempelvis om man skall använda sig av ett "family brand" eller av olika "product marks".[14]

Tidigare ansågs i allmänhet produktens pris vara det viktigaste konkurrensmedlet.[15] Den svenska konkurrensbegränsningslagen syftar också till att skapa förutsättningar för en priskonkurrens.[16] Om en företagare på en marknad med få säljare och relativt homogena produkter, en oligopolmarknad, vidtar en prissänkning medför emellertid detta vanligen att även hans konkurrenter vidtar motsvarande sänkning, teorin om bruten efterfrågekurva. Detta gör att prissänkningar sällan framstår som något fördelaktigt konkurrensmedel och en övergång till andra sådana har också kunnat konstateras.[17] Visserligen gäller teorin om bruten efterfrågekurva också för andra förändringar än varans pris, t ex varans kvalitet. Sådana förändringar tar dock oftast längre tid för konkurrenterna att anpassa sig efter och kan därför ge konkurrensfördelar under längre tid. Även på marknader med flera säljare (of-

13. Ex Kotler, a a s 59.
14. Phelps-Westing, a a s 136.
15. Kotler, a a s 249.
16. Prop 1967: 75 s 73 f, SOU 1978: 9 s 69 f, Bernitz, Konkurrens och priser i Norden s 93 ff.
17. Boyd-Levy, Säljfrämjande — ett beteendeproblem s 15, Eriksson, Konsumentkontakt och producentpåverkan s 52, 78, Kotler, a a s 249, 258 f, 264 ff, som dock också påpekar att priset p g a den höga inflationen åter börjat få en större betydelse.

tast marknader med monopolistisk konkurrens)[18] har en övergång från priskonkurrens till andra typer av konkurrens skett.[19] Denna utveckling har medfört att varumärkets betydelse som konkurrensmedel har ökat. Å andra sidan har användningen av varumärken också bidragit till att marknaderna fått de strukturer de har.

Som redan påpekats bygger det sagda på det förhållandet att det inte råder något tvång för näringsidkarna att märka sina varor med varumärken. Det bör dock observeras att det för vissa typer av produkter finns särskilda regler om att produkterna eller deras förpackningar skall märkas med tillverkarens eller förpackarens namn eller firma, se bl a 13 §, 6 p livsmedelslagen, 18 § kungörelsen om hälso- och miljöfarliga varor samt 5 § läkemedelsförordningen. Därtill kommer generalklausulen om informationsskyldighet i 3 § MFL som gäller alla varor och tjänster. Enligt detta stadgande kan en näringsidkare åläggas att lämna sådan information som har särskild betydelse från konsumentsynpunkt. I stadgandet anges inte närmare vad informationsskyldigheten kan omfatta för uppgifter. Den exemplifierande uppräkning som fanns i reklamutredningens bakomliggande förslag till informationslag får dock anses vägledande trots att den inte togs in i lagtexten.[20] I uppräkningen nämns bl a information om "vem som tillverkar, importerar eller saluför varan eller tillhandahåller eller utför tjänsten." Även om det således inte finns någon möjlighet att tvinga en näringsidkare att märka sina varor med sitt varumärke, finns således i vissa fall möjlighet att framtvinga märkning som ger likartad information.

2.3 Särskiljningsfunktionen

I avsnitt 2.2 konstaterades att varumärkets grundfunktion är dess konkurrensfunktion. Detta konstaterande ger emellertid inte någon närmare kännedom om varumärkets funktioner, eftersom de flesta åtgärder en näringsidkare vidtar och de flesta medel han

18. Mellan heterogena oligopolmarknader, dvs oligopolmarknader där varorna inte är helt substituerbara, och marknader med monopolistisk konkurrens råder ingen skarp gräns.
19. Kotler, a a s 249.
20. Bernitz, Den nya marknadsföringslagen s 9 f.

därvid använder har samma syfte. Det specifika för varumärket är att det fyller en konkurrensfunktion genom att särskilja olika varor och tjänster från varandra, dvs genom att det fyller en särskiljningsfunktion. Detta framgår redan av varumärkets definition och därom råder också enighet i den juridiska litteraturen.[1]

Ett märke som inte fyller någon särskiljningsfunktion är följaktligen överhuvud taget inte något varumärke. Det fordras dock inte att märket endast har denna funktion utan det kan parallellt ha flera andra uppgifter. Som kommer att framgå är dock särskiljningsfunktionen en förutsättning för att dessa andra funktioner skall kunna fyllas. Särskiljningsfunktionen är därför grunden till att varumärket kan få ett stort värde för sin innehavare. Endast i undantagsfall har ett varumärke något värde i sig, t ex beroende på särskilt attraktiv eller fyndig utformning. Undantag från det i detta stycke sagda utgör dock s k förråds- och defensivmärken vilka kan sägas ha en konkurrensfunktion i här avsedd betydelse utan att ha någon faktisk särskiljningsfunktion.[2]

2.3.1 Vad särskiljer varumärket?

Varumärkets särskiljningsfunktion består närmare besett av två led nämligen dels en identifikation, varumärket utpekar något, dels en särskiljning, varumärket hänför efter någon viss grund det utpekade till en bestämd grupp.

Det varumärket utpekar och särskiljer är varor och tjänster.[3] Detta innebär emellertid inte att endast sådana märken som är

1. Oftast synes detta uppfattas som så självklart att det inte explicit behöver uttalas. Se dock i nordisk litteratur Andreasen, a a s 199, Koktvedgaard, a a s 171, Lassen, Brugspligt for varemærker, NIR 1964 s 35, Tiili, a a s 241, i tysk litteratur ex Baumbach-Hefermehl II, Ein § 6 f, Loewenheim, a a s 226, Riehle, a a s 107, Sack, Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichens, GRUR 1972 s 404, Tietgen, Die Unterschiede zwischen Fabrik- und Händlermarken in warenzeichen- und wettbewerbsrechtlicher Sicht s 38 f, i schweizisk litteratur, Schluep, Das Markenrecht als subjektives Recht s 68 f, Troller, Immaterialgüterrecht I s 258, i italiensk litteratur ex Vanzetti, Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRUR Int 1965 s 130, i amerikansk litteratur ex McCarthy, Trademarks and Unfair Competition vol 1 s 87 ff.
2. Se härom nedan s 60 ff.
3. När ordet varor används i det följande inkluderas även tjänster såvida inte annat tydligt framgår av sammanhanget.

anbringade på varor eller förpackningar är varumärken. Om så skulle vara fallet skulle ju servicemärken ej vara varumärken.[4] Ett varumärke kan förekomma på alla tänkbara objekt, men också som ett självständigt föremål.[5] Det avgörande är inte var varumärket uppträder, utan vad det särskiljer. Även i t ex annonser är det uppenbart att varumärket särskiljer vissa varor, nämligen dem som reklamen avser. (I och för sig kan väl detta möjligen uttryckas så att varumärket särskiljer själva reklamen).

I de fall där en näringsidkare använder sig av ett enda varumärke är det vanligt att detta varumärke är identiskt med dominanten i näringsidkarens firma och att kännetecknet därmed symboliserar både rörelsen själv och de därifrån härstammande varorna. Kännetecknet utgör då samtidigt både varu- och näringskännetecken. Att i dessa situationer skilja kännetecknets varu- respektive näringskänneteckensfunktioner är i praktiken ofta i det närmaste omöjligt.[6] Ofta har märket då också till uppgift att bidra till att ge och vidmakthålla en viss stil, image, både för företaget och dess produkter.[7] En sådan image tar normalt lång tid för andra företag att efterlikna och kan därmed ge konkurrensfördelar också på lång sikt.[8]

2.3.2 Varumärkets särskiljningsgrund, det kommersiella ursprunget

Enligt sin definition skall varumärket särskilja sin innehavares varor från andra näringsidkares varor. I juridisk litteratur sägs därför allmänt, ibland nästan slentrianmässigt, att varumärket har en ursprungsfunktion.[9]

---

4. Enligt ÄVmL kunde registrering ske endast av sådana varumärken som kunde anbringas på en vara eller dess förpackning, SOU 1958: 10 s 92. Detta skulle enligt Heiding, avh s 136, följa direkt av beteckningen varumärke, något som är lite svårt att förstå.
5. Ett exempel är den välkända Michelingubben.
6. Se om det rättsliga förhållandet mellan varukännetecken och näringskännetecken, SOU 1967: 35 s 111 f, 118, prop 1974: 4 s 160, 169 f, Eberstein, Om förhållandet mellan firma och varumärke, NIR 1952 s 16 ff, dens, Riktlinjer för ny firmalagstiftning, NIR 1963 s 129 ff, Essén, Firmarätt s 15 f, Ljungman, Några reflexioner kring den nya firmalagen och dess förhållande till varumärkesrätten, NIR 1974 s 384 ff.
7. Se närmare nedan s 56 ff.
8. Sannesson, Konsumentvarudistribution s 168 f.

Enigheten är dock inte lika stor när det gäller att avgöra vad denna ursprungsfunktion innebär.[10] Anledningen härtill synes främst vara att man inte skiljer mellan varumärkets funktioner för konsumenterna och dess funktioner för varumärkesinnehavarna. En annan orsak är att man blandar ihop varumärkets faktiska och rättsligt skyddade funktioner.[11] Å andra sidan kan dessa inte heller skiljas helt. Varumärkeslagstiftningen drar ju upp vissa ramar för hur varumärken får användas och varumärket kan därför bara fylla sådana funktioner som grundas på en tillåten varumärkesanvändning. Självklart betyder dock inte detta att alla varumärkets faktiska funktioner är rättsligt skyddade.

2.3.2.1 Skillnaden mellan kommersiellt och faktiskt ursprung

Påståendet att varumärket har en ursprungsfunktion medför, att man lätt kan komma att överbetona det samband som finns mellan en varas ursprung och dess varumärke. Varumärkets uppgift är överhuvud taget inte att ange vem som faktiskt tillverkat varan, utan endast att särskilja denna efter dess kommersiella ursprung. Detta kan utgöras av varans tillverkare eller någon av dess olika distributörer. Det kommersiella ursprunget är m a o identiskt med det faktiska ursprunget endast i de fall då varans tillverkare är innehavare av det använda märket, men däremot aldrig i de fall då en distributör är innehavare av det använda märket.

Märken som innehas av distributörer kallas i det följande distributörsmärken. Hit räknas emellertid bara märken som ägs av så-

9. Se i nordisk litteratur särskilt, Andreasen, a a s 196 f (utan betoning), Koktvedgaard, a a s 171, Lassen, a a s 35 (mer i förbigående), Tiili, a a s 240 ff, 247 ff (i viss mån kritisk), i tysk litteratur särskilt, Baumbach-Hefermehl II, Einl § 8 ff, Beier-Krieger, Wirtschaftliche Bedeutung, Funktion und Zweck der Marke, GRUR Int 1976 s 126 f (stark betoning), Loewenheim, a a s 226 ff, 237 ff, Riehle, a a s 107 ff, 121 ff, Sack, a a s 405 ff (mycket ingående, kritisk), Tietgen, a a s 39 f, i schweizisk litteratur särskilt, Schluep, a a s 69 ff, i italiensk litteratur särskilt, Vanzetti, a a s 134 ff (stark betoning), i amerikansk litteratur, McCarthy, vol 1 s 90 ff, Schechter, a a s 334 ff.
10. Sack, a a s 403 f, Vanzetti, a a s 129 som dock själv är oklar.
11. Loewenheim, a a s 224.

dana distributörer som inte själva tillverkat den vara märket kännetecknar.[12]

2.3.2.2 Hur varumärket anger det kommersiella ursprunget

Påståendet att varumärket har en ursprungsfunktion kan också leda till uppfattningen att varumärket direkt anger varans kommersiella ursprung. I praktiken är det emellertid endast sådana varumärken som är identiska eller nästan identiska med innehavarens firma, t ex varumärket Volvo, som gör så.[13] Att direkt utpeka varans kommersiella ursprung är emellertid inte heller varumärkets uppgift utan denna är endast att utpeka ett visst men anonymt ursprung.[14] Varumärket TT för öl t ex anger inte att det kommersiella ursprunget är Pripps.

Varumärket anger emellertid inte bara att den kännetecknade varan har ett visst men anonymt ursprung. Detta måste nämligen alla varor ha oavsett om de är märkta med något varumärke eller ej. Varumärket anger också att någon kommersiell relation, dock ej vilken, råder mellan vissa varor som är märkta med samma varumärke. Denna relation kan emellertid vara mycket tunn. I det följande skall förhålandet mellan en varas varumärke och dess ursprung närmare analyseras.

2.3.2.3 Varumärkets särskiljningsgrund från konsumentsynpunkt

2.3.2.3.1 Varor som kännetecknas av olika varumärken kan ha samma faktiska och/eller kommersiella ursprung[15]

En varumärkesinnehavare kan naturligtvis märka alla sina varor

---

12. Annan terminologi har exempelvis Carlson-Kusoffsky, Om distributörsmärken s 2, som definierar ett distributörsmärke som ett märke som ägs av en distributör oavsett om denne även tillverkat varorna ifråga. Samma definition används även av Sannesson, se a a s 250 f.
13. Heydt, Zur Funktion der Marke, GRUR Int 1976 s 343 f, Riehle, a a s 108.
14. SOU 1958: 10 s 214, Baumbach-Hefermehl II, Ein anm 8, Loewenheim, a a s 227, McCarthy, vol 1 s 89 f, Riehle, a a s 108 f, Sack a a s 407, Schluep, a a s 770, Tietgen, a a s 40, Tiili, a a s 241 f.
15. Sack, a a s 405 ff gör i sin analys skillnad mellan ursprungsfunktionen såvitt angår den kännetecknade varan och ursprungsfunktionen såvitt angår varumärket självt, vilket i många fall motsvarar ovanstående uppdelning.

med samma varumärke. Det är emellertid mycket vanligt att varor som har samma faktiska och/eller kommersiella ursprung kännetecknas av olika varumärken.[16] Så är bl a fallet när varumärkesinnehavaren disponerar över två eller flera olika märken och använder dessa för olika produkter, s k "product marks".[17] Som exempel kan nämnas att AB Philips säljer TV-apparater under varumärkena Philips, Dux och Radiola.[18]

Varumärket kommer då att särskilja den kännetecknade produkten inte bara från andra näringsidkares varor utan också från de andra varor varumärkesinnehavaren själv säljer. En variant av detta är att olika "product marks" används i kombination med varumärkesinnehavarens "house mark". Som exempel kan nämnas att Volkswagen säljer personbilar bl a under varumärkena Volkswagen Polo, Volkswagen Derby, Volkswagen Golf och Volkswagen Passat. Här skiljer ordet Volkswagen dessa bilar från andra näringsidkares bilar, medan exempelvis ordet Golf särskiljer den kännetecknade bilen både från andra näringsidkares bilar och från andra typer av bilar med samma ursprung.[19]

Någon skulle kanske, med en sträng tolkning av varumärkets definition, vilja hävda, att Golf i det ovan givna exemplet inte kännetecknar en vara med ett visst ursprung, utan endast en bil med vissa specifika egenskaper. Detta är dock felaktigt. För konsumenterna kännetecknar Golf både bilens ursprung och egenskaper. Detta framgår särskilt när märket används ensamt.

Annorlunda är det däremot med vissa andra vanliga tillägg till märken på bilar, t ex "Cabriolet" och "GTI". Dessa anger inte alls varans ursprung utan endast vilken typ av bil det är fråga om, i det här fallet en öppen respektive sportigare modell, och är därför inte varumärken.

---

16. Detta och följande två stycken har så gott som enbart relevans om de ifrågavarande varorna är av samma eller liknande slag eftersom varumärkesskyddet normalt endast omfattar sådana varor. För varor som inte är av liknande slag kan alltså identiska märken fritt användas. När det i detta och följande två stycken talas om varor är det alltså underförstått att dessa är av liknande slag.
17. Heydt, a a s 343 anger att han uppskattar att endast omkring 20 % av de i Tyskland registrerade varumärkena är "house marks".
18. Se PKF 1973: 6 s 26 f.
19. Heydt, a a s 340, 342 f, kallar denna särskiljningsfunktion för "Sortenfunktion" eller "Individualisierungsfunktion".

För att ett märke skall klassificeras som varumärke krävs sålunda endast att den kännetecknade varans kommersiella ursprung är en av eventuellt flera av märkets särskiljningsgrunder.[20]

En annan anledning till att varor med samma faktiska och/eller kommersiella ursprung kan kännetecknas av olika varumärken är att varumärkesinnehavaren byter varumärke. Varumärkesbyten är emellertid ganska ovanliga eftersom varumärkesinnehavaren normalt i så hög grad som möjligt vill utnyttja ett äldre märkes goodwill. Däremot kan ett byte vara fördelaktigt om varumärket fått dåligt rykte.

Att det är normalt och legitimt att en näringsidkare använder flera olika varumärken har sedan mycket länge varit en utgångspunkt för varumärkeslagstiftningen i de flesta länder inklusive de socialistiska.[21] Huruvida detta gäller även om varorna är identiska berörs nedan i samband med analysen av tillåtligheten av märkesdifferentiering.[22]

Att varor med olika kommersiella men samma faktiska ursprung kännetecknas av olika varumärken kan också orsakas av att en del av varorna säljs av en distributör som önskar använda ett eget distributörsmärke. Till skillnad från de tidigare nämnda situationerna är det här ofta fråga om identiska varor. Flera olika kombinationer kan här tänkas. Bland de vanligaste torde vara

1. att en tillverkare säljer en del av sina varor direkt till konsumenterna under sitt eget varumärke och en del av varorna till en viss distributör som i sin tur säljer dessa vidare till konsumenterna under ett eget distributörsmärke och
2. att en tillverkare säljer sina varor till två eller flera olika distributörer som alla säljer varorna vidare till konsumenterna under sina egna distributörsmärken.

För de olika distributörerna är det härvid likgiltigt om den vara de köper är märkt eller inte. Distributörerna har nämligen full fri-

20. Riehle, a a s 121 och Vanzetti, a a s 136 f utgår från att ett märke antingen särskiljer efter ursprung eller efter egenskaper och tar ej hänsyn till några mellanformer. Även om detta kan vara motiverat när man diskuterar varumärkets rättsligt skyddade funktioner leder det emellertid lätt till att resonemanget blir verklighetsfrämmande.
21. Det stadgas t ex uttryckligen i 5 § i den sovjetiska varumärkeslagen att en näringsidkare får använda flera varumärken.
22. Se nedan s 405 ff, 451 ff.

het att ta bort det ursprungliga märket och märka om varan med sitt eget varumärke. Detta kan dock vara förbjudet i distributörernas köpeavtal. Ommärkning kan ske hur många gånger som helst. Det är dessutom, åtminstone som huvudregel, tillåtet att använda ett eget märke i kombination med det tidigare märket.

En vara har alltså inte något en gång för alla givet kommersiellt ursprung även om den en gång märkts, utan ursprunget kan ändras av var och en som ingår i varans distributionskedja. Att en distributör har rätt att använda egna varumärken har också varit erkänt mycket länge[23] och i de flesta länder.[24] Produkter med samma faktiska ursprung kan därför av en mängd olika anledningar uppträda under olika märken.

2.3.2.3.2 Varor som kännetecknas av samma varumärke behöver inte ha samma faktiska och/eller kommersiella ursprung

Varumärkeslagstiftningens huvuduppgift är att förhindra att identiska eller förväxlingsbara varumärken används på varor med olika kommersiellt ursprung. Att därav dra slutsatsen att alla varor som kännetecknas av samma varumärke alltid har samma kommersiella ursprung är dock inte riktigt. Lagstiftningen syftar nämligen bara till att förhindra användningen av likadana märken i de fall där varumärkesinnehavaren inte uttryckligen eller tyst givit sitt tillstånd till bruket. Efter medgivande är det däremot fullt möjligt att använda identiska varumärken på varor med olika faktiskt och/eller kommersiellt ursprung.

Ett sätt att ge sådant tillstånd är att upplåta varumärkeslicens. Används härvid varumärket parallellt av varumärkesinnehavaren och licenstagaren eller av flera olika fristående licenstagare kan de varor som kännetecknas av det licensierade varumärket ha olika både kommersiellt och faktiskt ursprung.[25] En licenstagare utgör

23. I t ex Pariskonventionens art 1 p 2 talas om "marques de fabrique ou de commerce". Se också Förslag till lag angående skydd för varumärken, Sthlm 1884 s 5.
24. SOU 1958: 10 s 214, Tietgen, a a s 5 ff. Vanzettis uttalande, a a s 136, "Es soll vielmehr gesagt werden, daß die Marke das Erzeugnis auf dem sie angebracht ist, als aus einer bestimmten und gleichbleibenden Produktionsquelle herstammend kennzeichnet" passar dock inte så bra på distributörsmärken. Se också a a s 141 f.
25. Sack, a a s 408 f.

ju inte automatiskt samma kommersiella ursprung som licensgivaren, även om licensavtalet kan vara en del av ett så omfattande avtal att ett sådant betraktelsesätt är naturligt, åtminstone om det kommersiella ursprunget fattas vitt. Motsvarande gäller då märket används parallellt av två eller flera olika licenstagare.[26] Här bör dock påpekas att ett licensierat varumärke enligt de nordiska varumärkeslagarna bara får användas för varor som egenskaps- och kvalitetsmässigt är likvärdiga med licensgivarens egna.[27]

Enligt nordisk rätt kan ett varumärke också, i motsats till vad som gäller i många andra länder,[28] överlåtas utan samband med överlåtelse av den rörelse eller del av denna till vilket varumärket anknyter. I de fall varumärket överlåts separat kan man inte längre påstå att varumärket kännetecknar samma kommersiella ursprung. Både varumärkets innehavare och den rörelse vartill märket anknyter kan alltså variera över tiden.[29] Användning av varumärken som efter överlåtelse är vilseledande är emellertid förbjuden.

Det kan vidare anmärkas att användning av ett identiskt varumärke kan förekomma trots att användningen i och för sig är att anse som varumärkesintrång. Om innehavaren av det varumärke som har äldre rätt inte vidtar någon åtgärd kan nämligen inte heller någon annan ingripa, eftersom varumärkesintrång är ett målsägandebrott, 37 §, 2 st VmL. Däremot kan allmän åklagare ingripa med stöd av 35 § VmL och KO med stöd av 2 § MFL.[30] Sådan opåtalad varumärkesanvändning torde dock i praktiken vara mycket sällsynt, särskilt i de fall då bägge märkena används parallellt.

---

26. Sack, a a s 412. Beier-Krieger, a a s 126 f betonar att man inte får se det kommersiella ursprunget som ett snävt begrepp t ex omfattande endast en viss juridisk person i en koncern, något som jag instämmer i. Ett "naket" licensavtal kan dock inte automatiskt medföra att parterna anses utgöra samma kommersiella ursprung. Så långt synes inte heller Beier-Krieger vilja gå. Se också Tietgen, a a s 40.
27. Användningen är annars vilseledande enligt 35 §, 1 st VmL. Se SOU 1958: 10 s 155 och nedan s 392 ff.
28. Se ex § 8, 1 st tyska WZG.
29. Tiili, a a s 247 f. Sack, a a s 407 ff anser detta gälla även för tysk rätt eftersom varumärket inte hela tiden behöver kännetecknа samma varumärkesinnehavare eller faktiska produktionsställe. Vanligen dock i tysk litteratur motsatsen, Baumbach-Hefermehl II, Einl anm 8 f, Loewenheim, a a s 227 f, 237 f, Riehle, a a s 108 och Tietgen, a a s 40 om det kommersiella ursprunget fattas vitt. Så också McCarthy, vol 1 s 92 för amerikansk rätt och Vanzetti, a a s 134 f, 141 f för italiensk rätt.
30. Se nedan s 292 f m v h.

2.3.2.3.3 Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan alltså konstateras att det är mycket vanligt att varor med samma faktiska och/eller kommersiella ursprung kännetecknas av olika varumärken. Det förekommer också att varor som kännetecknas av samma varumärke har olika faktiskt och/eller kommersiellt ursprung.[31] Detta är dock relativt ovanligt.[32]

I de fall där varken varornas kommersiella eller faktiska ursprung är lika, dvs i vissa överlåtelse- och licenssituationer, måste dock varorna vara likvärdiga, 35 § VmL.

Mot denna bakgrund är det lätt att konstatera att påståendet att varumärket har en ursprungsfunktion lätt kan leda tankarna fel. Om denna terminologi ändå används kan varumärkets ursprungsfunktion, sedd från konsumentsynpunkt, inte sägas bestå i något annat än att varumärket hänvisar till en bestämd men anonym varumärkesinnehavare.[33] Vad denna utfört med varan framgår däremot inte. Dessa förhållanden medför att varumärket av konsumenterna ofta uppfattas särskilja varor inte bara efter deras kommersiella ursprung utan också, men inte enbart, efter någon annan grund. Som senare skall visas är denna grund normalt varornas egenskaper. Egenskaperna träder fram som särskiljningsgrund särskilt när två varor som konsumenterna känner till ha samma ursprung kännetecknas av olika varumärken, men också i det omvända fallet, dvs när identiska varor med olika kommersiellt ursprung säljs under samma märke, licensfallet. I båda dessa situationer framstår ju det kommersiella ursprunget, åtminstone för den i varumärkesrättens mysterier oinvigde ,som en föga trolig särskiljningsgrund.[34]

---

31. Rissanen, a a s 19 ff, Sack, a a s 407 f för tysk rätt.
32. Jfr Callman, vol 3 s 9.
33. Samma Sack, a a s 412 för tysk rätt.
34. Liknande åsikt som i detta stycke Heydt, a a s 341 ff som hårt kritiserar Beier-Krieger, a a s 125 ff. Det tycks som om en av anledningarna till de delade meningarna är att Beier-Krieger utgår från varumärkets funktioner för varumärkesinnehavarna medan Heydt utgår från konsumenternas uppfattning. Heydt skjuter dock över målet då han kritiserar Beier-Krieger för att mena att varumärket direkt måste utpeka varumärkesinnehavaren. Detta är inte deras åsikt vilket också klart framgår. Jag delar inte heller Heydts uppfattning att varumärkesskyddets omfattning är helt oberoende av varumärkets funktioner, a a s 344.

Det kommersiella ursprunget måste dock vara en del av märkets särskiljningsgrund. Annars är det inte fråga om något varumärke. Som huvudregel skall det ju inte heller förekomma att varor med olika kommersiellt ursprung kännetecknas av samma märke. Att så ändå kan vara fallet beror på att varumärkesinnehavaren kan ge annan tillåtelse att använda hans märke. Betydelsen från konsumentsynpunkt av den bindning som föreligger mellan varumärkesinnehavaren och den kännetecknade varan får inte heller underskattas, eftersom denna bindning har effekter både på micro- och macroplanet.

Till sist bör här också påpekas att den gjorda analysen bygger på antagandet att förväxlingsreglerna i varumärkeslagstiftningen är så utformade att obehörig användning av faktiskt förväxlingsbara varumärken kan förhindras. Om så inte är fallet blir ju varumärkets särskiljningsgrund helt obestämd.

2.3.2.4 Varumärkets särskiljningsgrund från varumärkesinnehavarens synpunkt

Som anförts i avsnittet om varumärkets särskiljningsgrund från konsumentsynpunkt kan varumärkesinnehavaren själv bestämma hur många märken han skall använda, hur dessa märken skall vara beskaffade och i vilka kombinationer de skall användas. Innehavaren kan därigenom själv bestämma hur stark kopplingen kommer att bli mellan hans rörelse och dess produkter.

I föregående stycke har visats att denna koppling kan bli mycket svag. Om varumärkesinnehavaren vill kan han ofta, även om han inte säljer varan omärkt, få konsumenterna att sväva i okunnighet om vem som står bakom den. Genom att använda flera olika märken kan innehavaren också få konsumenterna att tro att hans varor härstammar från två eller flera olika företag.

Å andra sidan kan kopplingen mellan varumärkesinnehavaren och hans varor bli mycket stark. Varumärkesinnehavaren kan för alla sina varor använda sig av ett enda varumärke som är identiskt med firman eller firmadominanten. Varumärket kan alltså fylla en direkt ursprungsangivande funktion i den betydelse orden har i vanligt språkbruk.[35]

Det för varumärkesinnehavaren väsentligaste är emellertid att varumärkets särskiljningsgrund ger honom möjlighet att hindra

alla andra näringsidkare från att utan tillstånd använda ett förväxlingsbart varumärke för varor av samma eller liknande slag som hans egna.[36] Varumärket "X" får alltså utan tillstånd bara användas för varor som har sitt kommersiella ursprung hos innehavaren av "X". Detta medför att all reklam och goodwill som "X" kännetecknar och är bärare av bara kommer dess innehavare till godo. Detta är grunden till att varumärket kan få ett så betydande värde för dess innehavare.

Som redan tidigare framskymtat finns det emellertid varumärkesrättsligt inget som hindrar en distributör som köpt varor märkta "X" att märka om dessa med sitt eget märke "Y" och sälja dem vidare under detta märke. Inte heller kan innehavaren av märket "X" hindra att varorna säljs vidare under det sammansatta märket "X Y". Vill innehavaren av märket "X" gardera sig mot en sådan ommärkning eller tilläggsmärkning måste han föreskriva detta i avtal.

Till sist skall påpekas att också vad som sägs i detta stycke bygger på antagandet att förväxlingsreglerna är så utformade att obehörig användning av faktiskt förväxlingsbara märken kan förbjudas.

2.3.3 Särskiljningsfunktionen från konsumentsynpunkt[37]

För konsumenterna fungerar varumärkena som symboler för de

35. Sack, a a s 406 f för tysk rätt. Att varumärket direkt anger vilken firma som står bakom märket anses av vissa fördelaktigt genom att det stärker konsumenternas förtroende för märket, se ex.vis Hartman, Bedeutung des Bindungsgrades zwischen Marken- und Herstellernamen, MA 1970 s 20 f. Det torde dock inte generellt vara en fördel för varumärkesinnehavaren att använda ett enda märke som är identiskt med firman, t ex inte när denne säljer produkter med helt olika profil. Se ex Kotler, a a s 193 f, Phelps-Westing, a a s 150 f, Werkman, Trademarks, Their Creation, Psychology and Perception s 18 ff.
36. Motsatsen blir dock fallet om man i likhet med vissa uländer inför bestämmelser om tvångslicens. Motivet till detta är att stärka det inhemska näringslivets ställning i förhållande till de större och mäktigare utländska företagen. Från direkt konsumentsynpunkt är dock tvångslicenser av ondo eftersom de kan medföra att till utseendet lika varor av helt olika kvalitet och med helt olika kommersiellt ursprung kan komma att säljas under samma varumärke.
37. Det som sägs i detta stycke utgår från att det nuvarande varumärkessystemet. Alternativa kännetecknssystem diskuteras nedan i avsnitt 2.3.3.1 och 2.4.3.1.1.

olika varorna på marknaden och underlättar, liksom andra symboler, överblicken över ett komplicerat område.[38] Särskiljningsfunktionens betydelse från konsumentsynpunkt ligger därmed i att den medför att konsumenterna

1. enkelt kan identifiera de olika varorna på marknaden och
2. identifiera och förbinda viss varuinformation med avsedd vara.

Att funktionen att identifiera olika varor är mycket viktig från konsumentsynpunkt är ju helt uppenbart, särskilt som något annat identifikationssystem inte existerar. Utan varumärken skulle det både vara svårt att återfinna en vara som man tidigare köpt och blivit nöjd med och att undvika en produkt man blivit missnöjd med. Än besvärligare skulle det vara att hitta reservdelar som passar en tidigare inköpt produkt.

Någon skulle kanske här vilja invända att många varor kan kännas igen även utan varumärken. Detta är sant om begreppet varumärke endast skulle innefatta ord- och figurmärken. Som framgått av avsnittet om varumärkets definition är emellertid alla kännetecken som fyller funktionen att särskilja varor efter deras kommersiella ursprung varumärken. Så fort någonting hos en vara eller dess förpackning fyller den funktionen är det således fråga om ett varumärke. Utan sådana är därför varuidentifikation i de allra flesta fall utesluten, åtminstone om ansträngningarna skall hållas inom rimliga gränser.[39] I många fall läggs också stor möda ner på att skapa märken som är lätta att komma ihåg för konsumenterna, eftersom detta är till fördel även för varumärkesinnehavarna.[40]

En uppfattning av hur viktig varumärkets identifikationsfunktion är erhålles, om man betänker att antalet artiklar på den svenska dagligvarumarknaden har uppskattats till mellan 10 000—15 000.[41] Bara på livsmedelsmarknaden lanceras ca 500—600 nya artiklar årligen. Ökningen av det totala antalet artiklar är dock inte lika stor eftersom många gamla artiklar samtidigt utgår.[42]

---

38. SOU 1958: 10 s 48, Beier-Krieger, a a s 125, Kotler, a a s 191, McCarthy, a a s 250, Phelps-Westing, a a s 136 som dock också betonar ursprunget.
39. Undantag gäller dock t ex för varor av sådan typ att alla exemplar har samma ursprung.
40. Kotler, a a s 216.

Även varumärkets funktion att identifiera och hänföra viss varuinformation till avsedd vara är mycket viktig från konsumentsynpunkt. Detta visar sig bland annat i, att inte bara varumärkesinnehavarna utan också alla andra som kan tänkas lämna varuinformation, t ex konsumentupplysningsorganisationer eller andra konsumenter, använder varumärken. Teoretiskt kan naturligtvis hävdas att konsumenterna kan erhålla produktinformation utan att varumärken används, t ex genom direktkontakt med försäljare på försäljningsställen. Denna metod för produktinformation är emellertid mycket tidsödande och dyrbar både för konsumenter och näringsidkare. För att varuinformation skall kunna erhållas till acceptabla kostnader är det därför nödvändigt att utnyttja olika typer av masskommunikation och då är också användningen av varumärken nödvändig.

Varumärkena har även stor betydelse för informationsöverföringen från konsumenter till näringsidkare. Om varumärken inte existerade kunde nämligen konsumenternas reaktioner inte riktas mot en viss näringsidkares produkter utan de skulle drabba alla som säljer varor av den ifrågavarande varutypen. Detta innebär i sin tur att det är svårt för de näringsidkare som marknadsför produkter av den aktuella typen att anpassa sig efter konsumenternas reaktioner och önskningar. Användningen av varumärken är således närmast en förutsättning för att konsumenternas preferenser skall kunna påverka varuutbudet.[43]

En konsuments kostnad för inköp av en viss vara kan uppdelas i tre olika delar nämligen

1. varans pris,
2. kostnader för att skaffa information om varuutbudets omfatt-

41. SOU 1975: 69 s 118. Med beteckningen artikel menas här, liksom vanligen är fallet i ekonomisk litteratur, varje variant av olika produkter eller fabrikat, dvs varje produkt vars kommersiella ursprung eller faktiska egenskaper är olika någon annan produkts. Det bör påpekas att förekomsten av varumärken också påverkar antalet artiklar. Skulle varumärken inte finnas kan man förvänta sig att antalet artiklar sjunker. Jfr nedan s 117 ff.
42. SOU 1975: 70 s 66. Antalet artiklar har tidigare kontinuerligt ökat men nu finns enligt distributionsutredningen en tendens till en uppbromsning.
43. McCarthy, a a s 249 f. Detta var en av anledningarna till att man började använda varumärken i Sovjet.

ning, de olika varornas kvalitet och priser samt kostnader för själva produktvalet jämte
3. tids- och transportkostnader i samband med själva inköpet.

Av vad som tidigare sagts framgår att användningen av varumärken minskar konsumentens kostnader både av typ 2 och 3. Kostnaderna av typ 2 minskas dels genom att varuutbudet blir lättare att överblicka och dels genom att varuinformationen blir billigare och lättare att identifiera med avsedd vara, medan kostnaderna av typ 3 minskar genom att varumärkena vid själva köpet underlättar identifieringen av den eftersökta varan. Den kritik som ibland riktas mot varumärkena och som går ut på att de i onödan försvårar konsumenternas produktval är således missvisande. Utan varumärken skulle sök- och informationskostnaderna vara betydligt större. Däremot är det sant att vissa sätt att använda varumärken kan motverka att kostnaderna sänks till ett minimum. Det är inte möjligt att generellt förutsäga vilka konsekvenser användningen av varumärken får för varans pris. Denna fråga kommer närmare att behandlas i avsnittet om varumärkets samhällsekonomiska effekter.[44] Där kommer också de stora samhällsekonomiska konsekvenser som låga informations- och sökkostnader medför att behandlas.[45]

Användningen av varumärken medför dock även vissa mer direkta samhällsekonomiska konsekvenser som det är lämpligast att behandla här. Varumärkets förmåga att säkert förbinda viss information med avsedd vara har haft stor betydelse för det nutida distributionssystemets struktur. Utan denna identifikationsmöjlighet skulle normalt informationssändaren behöva komma i personlig kontakt med konsumenten för att vara säker på att informationen verkligen går fram och förknippas med avsedd vara.[46] Detta har haft särskilt stor betydelse för tillverkarföretag som ju ofta inte har någon direkt kontakt med konsumenterna. Det är riskabelt att förlita sig på att en distributör lämnar avsedd information om tillverkarföretagets varor, eftersom den förre vanligen endast

44. Se nedan s 108 ff.
45. Se nedan s 119 f.
46. Törnqvist, Varudistributionens struktur och kostnader s 74 ff.

är intresserad av att sälja någon av de varor han distribuerar och inte ett särskilt märke.[47] Risken blir särskilt påtaglig om distributören är ekonomiskt starkare än tillverkarföretaget. Om tillverkaren har ett eget varumärke kan han däremot genom reklam direkt lämna önskvärd information till konsumenterna. Tillverkarföretag kan därigenom få viss kontroll över marknaden även om de anlitar en distributör och därför inte kommer i personlig kontakt med konsumenterna.[48]

Användningen av varumärken medför således att olika tillverkare av konkurrerande varor kan använda sig av samma distributör,[49] till och med om tillverkarföretagen är relativt små gentemot distributören.[50] Genom att konkurrerande tillverkare använder samma distributör kan stordriftfördelar uppkomma i distributionsledet.[51]

På grund av sin särskiljningsfunktion har varumärkena också haft stor betydelse för uppkomsten både av fabriksförpackade produkter och självbetjäningsbutiker.[52] Utan varumärken skulle konsumenterna ha mycket svårt att identifiera de olika varorna i dessa butiker. Inom dagligvarubranschen är numer så gott som alla butiker av självbetjäningstyp.[53] Detsamma gäller också de allra flesta nyetableringar.[54]

En fråga som hittills inte berörts är vilka typer av objekt som kan fylla varumärkets särskiljningsfunktion. Frågan behandlas också sällan i marknadsföringslitteraturen.[55] Anledningen härtill torde vara att det framstår som självklart att alla typer av objekt kan

47. Kotler, a a s 297 f.
48. Phelps-Westing, a a s 130, 136.
49. Boyd-Levi, a a s 13 f, Törnqvist, a a s 74.
50. Under senare tid har en allt större blockbildning ägt rum inom den svenska konsumentvarudistributionen, se SOU 1975: 69 s 122 f och Sannesson, a a s 23 ff. Denna blockbildning kan naturligtvis leda till att distributionsföretagen kommer att få ett allt starkare inflytande över varuutbudet.
51. Kotler, a a s 279 ff.
52. SOU 1958: 10 s 47, Törnqvist, a a s 74 ff, 144.
53. Sannesson, a a s 29 ff.
54. SOU 1975: 70 s 71.
55. Däremot finns en relativt omfattande litteratur angående betydelsen av att varor och förpackningar ges ett utseende som dels är attraktivt och lätt att komma ihåg för konsumenterna, dels är fördelaktigt från hanteringssynpunkt.

fylla denna funktion.[56] Det avgörande är inte vilken typ av objekt det är fråga om, utan i stället huruvida objektet har särskiljningsförmåga. Detta är något som varumärket har gemensamt med alla typer av kännetecken. Kravet på särskiljningsförmåga innebär dock inte detsamma för alla typer av kännetecken, utan skiljer sig åt beroende på efter vilken grund kännetecknet särskiljer. När man talar om särskiljningsförmåga för varumärken menas att märket skall ha förmåga att särskilja varor med ett visst kommersiellt ursprung från varor med andra kommersiella ursprung.[57] Som vi ovan sett[58] betyder vanligen detta att märket också har förmåga att skilja varor som är märkta med olika varumärken, trots att de har samma kommersiella ursprung.

Det torde vara omöjligt att ge några generella regler för vilka kännetecken som har särskiljningsförmåga.[59] Orsakerna härtill är flera. För det första är särskiljningsförmåga vanligen inte något som ett kännetecken har eller inte har utan i stället något som det har mer eller mindre av.[60] Särskiljningsförmågan för ett och samma märke kan också vara olika för skilda varor. Varumärket TUPPEN har särskiljningsförmåga för lakansväv men saknar naturligtvis sådan för tuppar. Även kännetecken som i sig inte har någon särskiljningsförmåga kan erhålla sådan genom användning, likaväl som kännetecken med ursprunglig särskiljningsförmåga kan förlora denna.[61] Varumärket KARLSSONS KLISTER saknar i sig nästan helt särskiljningsförmåga, men det har erhållit sådan genom omfattande användning som kännetecken för ett visst klister.

---

56. Samma åsikt synes Holmqvist ha, se Om inarbetning av varukännetecken, NIR 1975 s 269.
57. Se 13 § VmL. Detta gäller även internationellt, se ex AIPPI Annuaire 1963 s 83 och förslaget till EG-varumärkesförordning, Memorandum on the creation of an EEC trade mark, Bulletin of the European Communities, Supplement 8/76 s 21 och Beier, Objectives and Guiding Principles of the Future European Trademark Law, IIC 1977 s 22 f. Se vidare Baumbach-Hefermehl II, § 1 anm 19, Holmqvist, Degeneration of Trademarks s 17.
58. Se ovan s 34 ff.
59. Moore, Kravet på särskiljningsförmåga efter nya varumärkeslagens kraftträdande, NIR 1964 s 1. Se ang särskiljningsförmåga särskilt Holmqvist, a a s 110 ff.
60. Se Holmqvist, a a s 17 ff.
61. Det har hänt att ett märke som först degenererats återvunnit sin särskiljningsförmåga, besvärsavdelningen 102/69 CARBORUNDUM.

Ytterligare en anledning till att det är svårt att fastställa några generella kriterier för vilka märken som har särskiljningsförmåga är att så många olika typer av objekt kan fungera som varumärke.

När det gäller ordmärken så har fantasiord normalt särskiljningsförmåga. De har ju inte någon annan betydelse än sin kännetecknsbetydelse. Vanliga ord däremot har en bestämd innebörd. Om de används med denna saknar de givetvis särskiljningsförmåga och kan då inte fungera som varumärken. Däremot kan de ha eller erhålla sådan om de som kännetecken används i en annan betydelse än sin normala. Ordet får då en ny mening vid sidan av den ursprungliga. Särskiljningsförmågan blir i dessa fall normalt starkast om ordet som varumärke används för sådana varor, att alla personer måste inse att ordet används i en annan betydelse än sin vanliga. Som exempel kan nämnas ordet DIAMANT som varumärke för skokräm och det redan nämnda TUPPEN för lakansväv. Används däremot ordet som varumärke för sådana varor och på ett sådant sätt att ordet av en del konsumenter inte uppfattas som använt i sin kännetecknsbetydelse utan i stället i sin vanliga betydelse, har märket mindre särskiljningsförmåga. För de konsumenter som uppfattar ordet i sin kännetecknsbetydelse fyller det dock en lika stark särskiljningsfunktion som andra märken.[62]

Bokstavs- och siffermärken har rent faktiskt vanligen också särskiljningsförmåga, eftersom de normalt inte kan uppfattas ha någon annan betydelse än sin kännetecknsbetydelse.[63] Motsatsen gäller dock i många fall då bokstäverna eller siffrorna placeras som tillägg till ordmärken. Sådana bokstäver eller siffror torde ofta uppfattas som angivande vissa egenskaper. Så är tydligt fallet med t ex förkortningen GTI efter ett bilmärke.

Även figurmärken har normalt särskiljningsförmåga. Härtill bidrar både figurernas form och färg. Figurmärken som enbart består av en avbildning av just den vara märket symboliserar saknar dock särskiljningsförmåga. Mycket enkla figurmärken kan också

62. Se närmare nedan s 163 ff.
63. Enligt Varumärkes- och firmautredningen är bokstavs- och siffermärken ofta rent faktiskt mindre distinktiva än ord- och figurmärken, SOU 1958: 10 s 275. Detta torde dock vara tveksamt. Däremot är bokstavs- och siffermärken normalt svårare att komma ihåg. Detta är emellertid något helt annat. Se även Holmqvist, Om inarbetning av varukännetecken, NIR 1975 s 272 f.

sakna sådan just på grund av att de är så alldagliga. Sistnämnda figurer kan dock efter användning erhålla särskiljningsförmåga genom att konsumenterna lär sig att uppfatta dem som kännetecken.

Figurmärken kan således sakna särskiljningsförmåga av två olika anledningar. För det första kan särskiljningsförmåga saknas på grund av att ett märke inte uppfattas symbolisera varans kommersiella ursprung utan i stället varan själv. Kännetecknet saknar således särskiljningsförmåga av principiellt samma anledning som sådana ordmärken som anger varans art.[64] För det andra kan figurmärken sakna särskiljningsförmåga därför att de är så enkla att det inte observeras av konsumenterna. Sådan bristande särskiljningsförmåga torde sakna motsvarighet bland ordmärkena.

Motsvarande det som ovan sagts för figurmärkenas del gäller också för varu- och förpackningsutstyrslar. Som exempel på en mycket enkel utstyrsel som genom användning erhållit särskiljningsförmåga kan nämnas den lilla vita prick som återfinns på skaftet på DUNHILLS pipor. Särskilt såvitt gäller varuutstyrslar kan dock även en mer iögonenfallande utformningar sakna särskiljningsförmåga. Utseendet på t ex en hammare uppfattas vanligen inte som ett kännetecken, medan t ex de röda ränderna i tandkrämen SIGNAL gör det.[65] Detta kan ju inte bero på att hammarens utformning är enklare. Förklaringen torde i stället vara att utformningen uppfattas som helt funktionellt betingad och inte skapad för att vara just ett kännetecken. Eftersom ett kännetecken är en symbol för något kan en produkt i sin helhet inte heller vara ett kännetecken, eftersom detta skulle innebära att kännetecknet kännetecknar sig självt. Detta brukar i tysk varumärkesrättslig litteratur uttryckas med att varumärket måste vara självständigt i förhållande till den vara det kännetecknar.[66] Härav kan man dock inte dra slutsatsen att varuutstyrslar aldrig kan vara varumärken.[67]

---

64. Om alla ord uppfattas som symboler för något har naturligtvis även ord som anger varans art m m särskiljningsförmåga. Sådana ord har däremot inte den typ av särskiljningsförmåga som varumärken måste ha.
65. Besvärsavdelningen 33/62.
66. Se ex Hubmann, a a s 198.
67. Se närmare nedan s 181 ff.

De principer som ovan anförts för figurmärkenas del torde även gälla för de flesta andra typer av objekt än de hittills berörda, t ex ljudmärken (ett lejons rytande är exempelvis kännetecken för filmbolaget Metro Goldwyn Mayer's produkter), särskilda utstyrslar av försäljningsställen och där använda föremål m m. I praktiken torde för dessa typer av märken den avgörande frågan oftast vara, om objektet ifråga har sådan utformning att det av allmänheten uppfattas som ett kännetecken.

Slutsatsen av ovanstående är att förväxlingar kan uppstå oavsett vilken typ av objekt det kännetecken som efterbildats består av. Från konsumentsynpunkt finns det därför inte, och inte heller från varumärkesinnehavarsynpunkt, några med varumärkets särskiljningsfunktion sammanhängande skäl för att begränsa varumärkesskyddet till några särskilda typer av objekt. Likaledes är det självklart att förväxlingar kan uppkomma oavsett om varumärkesinnehavaren vidtagit några åtgärder för skydd eller inte.

2.3.3.1 Diskussion av viss kritik mot varumärkessystemet

2.3.3.1.1 "Märkeslösa" varor

Under de senaste åren har viss kritik riktats mot varumärkessystemet och några företeelser på marknaden kan också i sig tolkas som tecken på en kritisk inställning till varumärkena. Särskild uppmärksamhet har de s k "märkeslösa" varorna tilldragit sig. Olika affärskedjor har börjat marknadsföra varor som utan att vara märkta med särskilda produktvarumärken sålts till lägre priser än de normala. Pionjären torde ha varit den franska varuhuskedjan Carrefour som sålt bl a tvättmedel och ett flertal olika livsmedel märkeslösa.[68] Här i Sverige har KF i flera år marknadsfört ett relativt stort antal olika märkeslösa varor. De mest kända torde vara tvålen "Tvål" och tandkrämen "Tandkräm". Marknadsfö-

68. Se härom Neumeyer, Dags att dödförklara varumärkena?, Kooperatören 1977 nr 7—8 s 43 f, Simon, Carrefour: Ein Angriff der Marke?, WRP 1977 s 160 ff, Ullrich, Die Affaire Carrefour: Warenzeichen am Scheideweg, GRUR Int 1977 s 158 f. En sammanfattning av följande framställning ingår i min artikel Varumärken på gott och ont, Konsument — rätt & ekonomi 1978: 3 s 16 f.

ringen av de "anonyma" varorna har varit framgångsrik, något som skulle kunna tyda på att konsumenterna inte skattar varumärkets särskiljningsfunktion särskilt högt. Detta torde dock vara en förhastad slutsats.

Orsaken till KF:s beslut att börja marknadsföra tandkrämen "Tandkräm" och tvålen "Tvål" torde ha varit en önskan att minska reklamkostnaderna för dessa typer av varor.[69] Om man endast tar hänsyn till de kostnader som direkt hänför sig till reklamen för "Tvål" och "Tandkräm" har så också blivit fallet.[70] Detta behöver emellertid inte betyda att de totala reklamkostnaderna för dessa produkter i jämförelse med andra tvål- och tandkrämsmärken är mindre. För det första kräver denna typ av marknadsföring normalt mer reklam för företaget som helhet inklusive dess "house mark" och för det andra behöver "märkeslösa" varor ofta mer aktiv marknadsföring såvitt gäller butiksexponering, säljstöd av butikspersonal och dylika åtgärder. Detta går då ut över andra märken och varugrupper som därmed kan behöva kompenseras med mer "vanlig" reklam. Att endast se på de reklamkostnader som exklusivt hänför sig till tvålen "Tvål" och tandkrämen "Tandkräm" kan därför ge en missvisande bild.

Av vad som sagts om distributionssystemets struktur följer att det inte är någon tillfällighet att det är distributörer som har börjat marknadsföra "märkeslösa" varor. Det är ju endast distributörer som kan sälja sådana varor och ändå ha möjlighet att ge konsumenterna den information man vill.

Varken tvålen "Tvål" eller tandkrämen "Tandkräm" har emellertid sålts helt anonyma, eftersom båda varit märkta med KF:s "house mark" oändlighetssymbolen. Inte heller Carrefours varor har varit märkeslösa utan märkta med just kännetecknet Carrefour.[71] Vad företagen gjort är alltså endast att man låtit sina "house marks" ensamma kännetecknа vissa produkter. En förutsättning för denna marknadsföringsstrategi är följaktligen att före-

69. Erron, Apropå tandkräm, Kooperatören 1975: 12 s 3.
70. Huruvida motsvarande gäller för Carrefour som sägs ha lagt ut 25 miljoner franc på reklam för sina "märkeslösa" varor är tveksamt. Se Neumeyer, a a s 43 och Ullrich, a a s 158.
71. Här kan nämnas att Carrefour också försökt att registrera beteckningen "produits libres" som varumärke, men att ansökan avslagits p g a att den ansågs vilseledande. Se MA 1979 s 118.

taget har tillgång till ett särskilt "house mark".

De "anonyma" varorna är hittills också så få att de i praktiken inte skulle ha varit anonyma även om de helt saknat varumärke.[73] "Märkeslösheten" har därför knappast haft några effekter. Om däremot ett stort antal varor av olika ursprung skulle börja säljas i samma butiker, kan man förvänta sig att konsumenternas sök- och informationskostnader kommer att öka kraftigt. En mer omfattande övergång till anonyma varor torde därför inte ligga i konsumenternas intresse.

2.3.3.1.2 Bör varornas faktiska ursprung i stället vara särskiljningsgrund?

Som ovan beskrivits kan det för konsumenterna vara svårt att förstå vad som är varumärkets särskiljningsgrund och de torde relativt ofta ha en felaktig uppfattning om denna. Ibland har därför i diskussionen framförts att det från konsumentsynpunkt skulle vara fördelaktigare om endast tillverkare av varor skulle få använda varumärken.[74] Varumärkets särskiljningsgrund skulle således bli varornas faktiska ursprung i stället för deras kommersiella. Man synes mena att det endast är varornas faktiska ursprung som är av intresse för konsumenterna. En annan fördel skulle vara att identiska varor som är tillverkade av samma företag inte skulle kunna säljas under olika märken av skilda distributörer.

Personligen har jag svårt att förstå att det generellt skulle vara till nackdel för konsumenterna, att distributörer kan använda egna distributörsmärken. I många fall framstår ju distributören som den för den aktuella produkten huvudansvarige. Så är t ex fallet när distributören stått för produktens utveckling och marknadsföring och tillverkaren bara utfört en ren beställningstillverkning. Sådana fall torde ha blivit allt vanligare, dels genom att företagskoncentrationen i distributörsledet lett till större enheter, dels genom att dessa enheter är de som får kontakt med konsumenterna och därigenom har lättare att få en uppfattning om vad dessa efterfrågar.

---

73. Samma Rissanen, a a s 4 och liknande också Simon, a a s 160.
74. Dines-Larsen, Märkesdifferentiering s 92. Se även Opinion of the Consumer Working Party on the draft regulation of the Commission of the European Communities on the Community Trade Mark s 3 f.

Möjligheten för andra än varans faktiska tillverkare att märka varan medför också att det möter mindre besvärligheter att låta legotillverka produkter hos någon fabrikant som tillfälligt har överkapacitet, något som kan vara fördelaktigt från samhällsekonomisk synpunkt, eftersom det kan leda till ett högt resursutnyttjande. Att förbjuda användningen av distributörsmärken kan således medföra vissa negativa samhällsekonomiska effekter.

Den ökning av antalet varumärken som förekomsten av distributörsmärken medför är inte heller lika stor som totala antalet distributörsmärken, eftersom ett sådant märke oftast är ett alternativ till ett tillverkarmärke. Ser man bara till antalet märken hos en särskild distributör har t o m angetts att innehavet av ett eget distributörsmärke i vissa fall kan minska antalet märken.[75]

Särskilt i de fall där en tillverkare fabricerar identiska varor som säljs vidare av olika distributörer under skilda märken är det emellertid uppenbart att antalet märken blir större och varuutbudet mer svåröverskådligt än om distributörsmärken ej förekom, vilket i sin tur kan leda till att konsumenternas sökkostnader blir större än nödvändigt. Man måste dock observera att de olika distributörsmärkena också kan symbolisera olika tjänster som sammanhänger med de identiska varorna, t ex olika garantier eller betalningsvillkor.

Att upphöra med att skyddet för distributörsmärken skulle också strida mot ParisK. Det minimiskydd för varumärken som medlemsländerna i Parisunionen åtagit sig gäller nämligen även för distributörsmärken. Enligt art 1 p 2 ParisK gäller ju denna "les marques de fabrique ou de commerce". Distributörsmärken skyddas också i de allra flesta länder.[76] Att ändra skillnadsgrunden på här diskuterade sätt skulle alltså medföra att Sverige måste frånträda ParisK, något som skulle innebära mycket stora nackdelar på hela det industriella rättsskyddets område.

Sammanfattningsvis kan konstateras både att skälen för att förbjuda distributörsmärken är mycket svaga och att införandet av ett sådant förbud skulle strida mot Pariskonventionen.

---

75. Se om olika erfarenheter, Sannesson, a a s 255 f.
76. Tietgen, a a s 5 ff.

2.3.3.1.3 Bör en näringsidkare endast få använda ett varumärke?

I diskussionen har också framförts att det från konsumentsynpunkt skulle vara fördelaktigare om en näringsidkare endast hade möjlighet att använda ett varumärke.[77] En fördel med detta skulle enligt förslagsställarna vara att märkesdifferentiering, d v s det förhållandet att en näringsidkare eller koncern marknadsför identiska eller nästan identiska varor under olika märken, omöjliggörs.[78]

Enligt min mening kan det inte generellt sägas vara en nackdel för konsumenterna att samma näringsidkare kan använda flera olika varumärken. För det första är ju så uppenbarligen inte fallet om en näringsidkare märker alla sina varor både med sitt ordmärke och sitt figurmärke. Något sådant torde inte heller förslagsställarna mena. Det kan dock inte heller sägas vara någon nackdel för konsumenterna om olika varor med samma ursprung kännetecknas av olika varumärken. Tvärtom framhäver ju då de olika märkena varornas skilda egenskaper. Situationen är dock annorlunda om det är fråga om identiska varor, d v s vid märkesdifferentiering, eftersom användningen av olika märken då kan leda till att konsumenterna vilseleds. Detta problem kommer utförligt att behandlas nedan.[79]

Ett förbud mot användning av mer än ett varumärke kan också komma att medföra att näringsidkarna drar sig för att marknadsföra billigare versioner av kända kvalitetsvaror. Om dessa billigare varor måste säljas under samma varumärke som de dyrare och bättre är det ju inte osannolikt, att de billigare varorna kommer att negativt påverka de dyrares goodwill. Ett förbud att använda mer än ett varumärke skulle därför sannolikt medföra att utbudet av olika modeller av en vara skulle sjunka.

Även förslaget att endast tillåta en näringsidkare att registrera ett varumärke torde strida mot ParisK. Visserligen stadgas i konventionens art 6 p 1 att villkoren för anmälan av fabriks- och handelsmärken skall i varje unionsland bestämmas av dess inhemska

77. Dines-Larsen, a a s 92. Se även Opinion of the Consumer Working Party on the draft regulation of the Commision of the European Communities on the Community trade mark s 3 f.
78. Se härom närmare nedan s 91 ff, 405 ff, 451 ff.
79. Se nedan s 91 ff, 405 ff, 451 ff.

lagstiftning. Det har emellertid sedan konventionens tillkomst internationellt varit allmänt accepterat att en näringsidkare får registrera och använda flera varumärken.

Ett förbud att registrera mer än ett märke kommer också mycket lätt i konflikt med konventionens art 6 quinquies, den s k telle-quelle-regeln. I dess punkt A 1 stadgas bl a:

"Varje i hemlandet vederbörligen registrerat fabriks- eller handelsmärke skall, med de förbehåll som anges i denna artikel, kunna registreras samt erhålla skydd i sin ursprungliga form (telle quelle) i övriga unionsländer."

Registrering av sådana märken kan dock vägras i vissa under B uppräknade fall nämligen:

"1) när de är av beskaffenhet att göra intrång i av tredje man förvärvad rätt i det land där skydd begäres,
2) när de helt och hållet saknar egenartad karaktär eller är uteslutande sammansatta av tecken eller benämningar, vilka i handeln kan tjäna till att angivna varors art, beskaffenhet, mängd, bestämmelse, värde, ursprungsort eller tidpunkten för dess framställande eller som blivit vanliga i gängse språkbruk eller i lojalt och konstant handelsbruk i det land där skydd är begärt,
3) när de är stridande mot god sed eller allmän ordning, särskilt sådana som är ägnade att vilseleda allmänheten. Ett märke skall dock inte kunna anses strida mot allmän ordning endast därför att det inte står i överensstämmelse med något visst stadgande i lagstiftningen om varumärken, såframt ej detta stadgande just har avseende på allmän ordning."

Dessa bestämmelser gäller dock med förbehåll för art 10 bis vilken har följande lydelse:

"1. Unionsländerna är pliktiga att tillförsäkra dem, som tillhör något unionsland, verksamt skydd mot illojal konkurrens.
2. Varje konkurrenshandling, som strider mot god affärssed, utgör en handling av illojal konkurrens.
3. Särskilt skall förbjudas:
   1) alla handlingar av beskaffenhet att, genom vilket medel det vara må, framkalla förväxling med en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel;
   2) oriktiga påståenden i utövning av affärsverksamhet, ägnade att misskreditera en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel;

3) angivelser eller påståenden, vilkas användning i affärsverksamhet är ägnad att vilseleda allmänheten rörande varors beskaffenhet, framställningssätt, egenskaper, användbarhet eller myckenhet."

Inte heller med stöd av denna artikel kan emellertid ett förbud att registrera mer än ett varumärke införas. Det är nämligen helt klart att användningen av mer än ett varumärke inte på något sätt kan sägas strida mot god affärssed. Det är således trots att det inte direkt stadgas i ParisK uppenbart att konventionen utgår från uppfattningen att det är tillåtet för en näringsidkare att använda flera olika varumärken. Därmed är emellertid inte sagt att det behöver strida mot ParisK att i en särskild situation förbjuda användningen av mer än ett varumärke. Frågan får särskild betydelse vid märkesdifferentiering och kommer därför att behandlas i detta sammanhang.[80]

Sammanfattningsvis kan alltså sägas dels att det inte är något konsumentintresse att förbjuda näringsidkare att använda mer än ett varumärke, dels att ett sådant förbud skulle strida mot Parispkonventionen.

2.3.3.2 Slutsatser

Av ovanstående analys framgår att användningen av varumärken inte skulle medföra några sänkta sök- och informationskostnader för konsumenterna, om identiska eller förväxlingsbara varumärken i någon nämnvärd omfattning skulle användas som kännetecken för varor med olika kommersiellt ursprung. Varumärkena skulle ju då inte kunna fylla någon särskiljningsfunktion. Från konsumentsynpunkt är det därför ett starkt intresse att

1. förväxlingsbara varumärken inte används, vilket i sin tur förutsätter[81]

80. Se närmare nedan s 97 ff.
81. Working Group on Industrial Property Aspects of Consumer Protection, WIPO document COPR/II/2, 1979 s 12 f. I Opinion of the Consumer Working Party on the draft regulation of the Commission of the European Communities on the Community trade mark s 7 antyds däremot att användningen av förväxlingsbara varumärken ibland kan accepteras eftersom ett förbud mot användning av det yngre märket kan få oacceptabla konkurrensbegränsande effekter.

2. att alla typer av kännetecken som kan ge upphov till förväxlingar skyddas.[82]

Det sagda tar i första hand sikte på de situationer där förväxlingsbara märken används utan tillstånd av innehavaren av det äldre märket. Negativa konsekvenser från konsumentsynpunkt kan emellertid också uppkomma, om förväxlingsbara märken används med tillstånd av denne. Förekomsten av ett sådant tillstånd minskar ju inte risken för förväxlingar och misstag. För konsumenterna negativa konsekvenser kan således också uppkomma när ett varumärke efter överlåtelse används av den nye innehavaren, när ett märke används av en licenstagare eller när ett märke används efter tyst medgivande.[83]

Därmed är inte sagt att all användning av annans märke som sker med tillstånd behöver ha ofördelaktiga verkningar. Stor betydelse har här om alla de varor som kännetecknas av märket ifråga har helt identiska egenskaper. Därmed har vi också kommit in på frågan om varumärkets egenskapsantydande effekt vilken skall analyseras i avsnitt 2.4. Redan här kan emellertid fastslås att det är ett starkt konsumentintresse att

3. användningen av annans varumärke inte generellt är tillåten redan av den anledningen att innehavaren har givit sitt tillstånd.

Huruvida den svenska varumärkeslagstiftningen uppfyller dessa krav kommer nedan ingående att analyseras.[84]

2.3.4 Särskiljningsfunktionen från varumärkesinnehavarens synpunkt

De fördelar särskiljningsfunktionen har för varumärkesinnehavarna är i stort sett en spegelbild av funktionens effekter för konsumenterna. Även för varumärkesinnehavarna är således varumär-

82. Opinion of the Consumer Working Party on the draft regulation of the Commission of the European Communities on the Community trade mark s 6.
83. Jfr ovan s 37 f.
84. Se nedan s 123 ff, 205 ff resp 344 ff.

kets huvudfunktion att identifiera och särskilja olika varor från varandra.[85]

Som ovan framgått[86] kan en varumärkesinnehavare härvid själv avgöra om han vill att ett och samma varumärke skall särskilja alla hans produkter och därmed hänföra dem till samma grupp eller om han genom att använda flera varumärken skall få konsumenterna att särskilja även mellan vissa av hans egna produkter. Några enkla regler för när den ena eller andra märkesstrategin är fördelaktigast för varumärkesinnehavaren torde inte finnas. Att varumärkesinnehavaren väljer att använda flera olika varumärken är vanligt t ex när de är av samma slag men vänder sig till olika kundsegment och deras olikheter därför skall markeras.[87]

Genom att använda varumärken i reklam och olika säljfrämjande åtgärder kan varumärkesinnehavarna, som tidigare angetts,[88] kommunicera med konsumenterna utan att komma i direkt kontakt med dem. Varumärkena garanterar ju att varumärkesinnehavarens åtgärder anknyts endast till de produkter som kännetecknas av de ifrågavarande varumärkena och därigenom att åtgärderna endast kommer att höja efterfrågan på dessa produkter.[89] Utan varumärken skulle det således inte vara möjligt för näringsidkarna att kommunicera med konsumenterna genom massmedia.

En ytterligare fördel för varumärkesinnehavaren är att varumärket gör varan enklare att komma ihåg för konsumenterna.[90] Därav följer dels att effekterna av reklamen ökar, dels att det är lättare att bygga upp märkespreferenser. Medvetenheten om en

85. Se ex Boyd-Levy, a a s 13, Kotler, a a s 191, McCarthy, a a s 249, Phelps-Westing, a a s 133 ff.
86. Se ovan s 40 f.
87. Se härom exempelvis Kotler, a a s 193 f, McCarthy, a a s 256.
88. Se ovan s 44 f.
89. Se ex Boyd-Levy, a a s 12, Phelps-Westing, a a s 134. Att påstå att reklamen "endast" har efterfrågehöjande effekt på de angivna varorna är egentligen lite för starkt, åtminstone om det är fråga om annonsering. Det finns situationer i vilken reklam för ett visst märke kan ha efterfrågehöjande effekt också på andra märken av det ifrågavarande varuslaget. En konsument kan t ex genom reklam för en diskmaskin komma på att han har ett behov av en sådan men ändå köpa en maskin av ett annat märke. Det normala är dock att reklam för ett visst märke ökar efterfrågan på detta märke på bekostnad av övriga märken.
90. Werkman, a a s 6.

produkt är ju alltid en förutsättning för köp.[91]

Användningen av varumärken medför emellertid inte bara att det är lättare att skapa märkespreferenser utan också att det är enklare och mindre kostsamt att upprätthålla dem. Det senare kan nämligen då i viss mån ske genom att i reklam endast ange varumärket. På så sätt kan effekterna av en till innehållet mer omfattande reklam vidmakthållas under en längre tid.

Allmänt kan sägas att ovanstående effekter samverkar till att ge varumärkesinnehavaren större möjligheter att kontrollera marknaden än vad som varit fallet utan varumärken.[92]
I litteraturen har uttalats att ett bra märke skall ha följande egenskaper:[93]

"Short, simple, and easy to spell and read.
Easy to recognize and remember.
Pleasing when read and easy to pronounce.
Not disagreeable sounding.
Pronounceable in only one way.
Always timely (does not get out of date).
Adaptable to packaging or labeling requirements.
Available for use (not in use by another firm).
Pronounceable in all languages (for goods to be exported).
Not offensive, obscene, or negative.
A selling suggestion.
Adaptable to any advertising medium (especially billboards and TV)."

---

91. Påståendet förefaller kanske lite konstigt när det gäller rena impulsköp men är i och för sig korrekt även för dessa. Man kan nämligen svårligen tänka sig att konsumenten köper en produkt som han inte är medveten om ens i själva inköpsögonblicket. Att medvetenheten uppkommer omedelbart före denna tidpunkt gör inte att påståendet blir oriktigt. Ang utvecklingen från produktmedvetenhet till köpbeslut, se Kotler, a a s 323 ff, Wickström, Konsumentens märkesval s 53 med vidare hänvisningar. Konsumentens beslutsprocesser i sin helhet analyseras i Nicosia, Konsumentens beslutsprocesser.
92. Phelps-Westing, a a s 133 f.
93. McCarthy, a a s 254. Ang önskvärda egenskaper hos ett bra varumärke se också Gardner-Levy, The Product and the Brand, Harvard Business Review, Mars-April 1955 s 38 f, Kotler, a a s 216, Phelps-Westing, a a s 143 ff, Werkman, a a s 94 f. Utformningen av ord och bokstavsmärken, t ex typsnitt och avstånd mellan bokstäverna, analyseras mycket ingående av Werkman, a a s 139 ff, särskilt s 148 ff. För en motsvarande analys av figurmärken, se a a s 169 ff. Olika praktikfall ang modernisering av äldre varumärken redovisas på s 431 ff. Ang svårigheterna att skapa varumärken som är fördelaktiga i flera olika länder, se ex Lekus, Problems in Coining International Brand Names, 59 TMR s 415 ff (1969).

Som ovan nämnts[94] har användningen av varumärken haft stor betydelse för distributionssystemets struktur genom att innehavet av egna varumärken stärker tillverkarnas ställning gentemot distributörerna. På senare tid har det emellertid blivit allt vanligare att distributionsföretagen börjat använda egna varumärken, distributörsmärken ("private brands", "Handelsmarken"), under vilken varorna säljs till allmänheten.[95]

Motivet till att många distributörer önskar använda egna distributörsmärken är att de därigenom kan erhålla konkurrensfördelar både gentemot varandra och tillverkarna.[96] Däremot är det svårare att förstå varför tillverkarna inte i högre grad motsatt sig att leverera varor som inte är märkta med deras egna varumärken.[97] Som redan anförts är det visserligen varumärkesrättsligt inte förbjudet att en distributör ersätter det ursprungliga varumärket med ett eget. Däremot kan tillverkaren i leveransavtalet förbjuda detta. Ommärkning torde också i verkligheten vara sällsynt. Framväxten av distributörsmärken torde därför sammanhänga med den koncentration som under senare tid skett inom distributionsledet och som lett till att många distributörer generellt fått en betydligt starkare position gentemot sina leverantörer. Detta har i sin tur medfört att de förra kunnat ställa större krav på sina leverantörer, krav som då bl a innefattat leverans under egna märken.

Även om särskiljningsfunktionen är varumärkets huvudfunktion för varumärkesinnehavarna utgör dock varornas identifikation och särskiljning oftast inte slutmålet. Innehavarna vill vanligen att deras varumärke också skall uppfattas som en symbol för vissa särskilda egenskaper hos deras varor. Varumärkesinnehavarnas intentioner och sätt att använda sina varumärken stöder ingalunda uppfattningen att varumärken endast har till uppgift att ange varornas

94. Se ovan s 44 f.
95. Carlson-Kusoffsky, a a s 3 f, 105 ff, Kotler, a a s 192 f, McCarthy, a a s 257 ff, Phelps-Westing, a a s 140 ff, Tietgen, a a s 1.
96. Se härom bl a Carlson-Kusoffsky, a a s 4 ff, Kotler, a a s 192, McCarthy, a a s 258, Sannesson, a a s 254 ff.
97. Phelps-Westing, a a s 140 ff. I Carlson-Kusoffsky, a a s 8 anges dock vissa möjliga förklaringar.

kommersiella ursprung. Frågan om varumärkenas effekter på konsumenternas uppfattning om de kännetecknade varornas egenskaper kommer därför utförligt att analyseras i följande stycke.

Redan denna korta översikt torde visa att också varumärkesinnehavarna har ett intresse av att

1. alla typer av kännetecken som kan ge upphov till förväxlingar skyddas och att
2. förväxlingsbara märken inte används.

Däremot har varumärkesinnehavarna, till skillnad från konsumenterna, givetvis inte något intresse av att andra näringsidkare förbjuds att använda deras märken när de fått tillstånd därtill. Frånsett denna diskrepans mellan konsumenternas och varumärkesinnehavarnas intressen kan man emellertid, såvitt gäller skyddet för särskiljningsfunktionen, instämma i varumärkesutredningens uttalande att varumärkesskyddet uppbärs av "både enskilda och allmänna intressen, vilka kunna sägas i allt väsentligt väl harmoniera med varandra".[98]

2.3.5 Något om varumärken som inte fyller någon särskiljningsfunktion, s k förråds- och defensivmärken

Tidigare har konstaterats att användningen av ett varumärke ger konkurrensfördelar genom att märket fyller en särskiljningsfunktion. Ett varumärke kan emellertid med här använd terminologi[99] fylla en begränsad konkurrensfunktion utan att överhuvud taget användas och således också utan att fylla någon faktisk särskiljningsfunktion. Den konkurrensfördel som innehavet av ett sådant märke kan ge är, att innehavaren så att säga har ett märke på lager om något behov av ett sådant skulle uppkomma. Dylika märken brukar kallas förrådsmärken.

Det ekonomiska värdet hos förrådsmärken uppkommer vanligen

98. SOU 1958: 10 s 48.
99. Se ovan s 28 not 9.

som en följd av det arbete som nedlagts på märkets skapande och registrering. Möjligheten att registrera ett märke innan det börjat brukas innebär bl a, p g a förväxlingsprövningen i registreringsförfarandet, att sannolikheten för att märket visar sig förväxlingsbart när det börjar användas sjunker. Detta minskar i sin tur risken för att de kostnader som nedlagts på märkets marknadsföring visar sig bortkastade. Om märket skulle vara särskilt välfunnet eller ge upphov till ovanligt fördelaktiga associationer kan det dock även ha ett värde i sig.

Ett förrådsmärke kan också få ett stort värde p g a att det är identiskt eller förväxlingsbart med ett märke som skulle vara värdefullt för någon annan näringsidkare att få använda. Tänkbara situationer är bl a att en näringsidkare här i Sverige har registrerat ett märke som någon annan använder i utlandet och att den senare nu önskar utvidga sin verksamhet hit[100] eller att någon registrerat märket "X" för en viss vara och innehavaren av varumärket "X" för helt andra varuslag nu önskar utvidga sin rörelse till att också omfatta det första varuslaget.

En annan typ av icke använda märken är de s k defensivmärkena, dvs märken som har till uppgift att vidga skyddsomfånget för ett annat varumärke. Innehavaren av t ex märket "Agge" registrerar också märkena "Agga" och "Aggo" för att vidga "Agge":s skyddsomfång. Registrering av defensivmärken har alltså samma effekt som en skärpning av förväxlingsbedömningen.

De allra flesta icke använda varumärken som finns registrerade torde emellertid, även om de ursprungligen hade ett visst syfte, numera inte ha något sådant, utan kvarstår i varumärkesregistret antagligen mest av slentrian.

Möjligheten att genom registrering kunna skydda helt oanvända märken är i de flesta länder begränsad till en viss tid, i Sverige 5

100. Observera dock regeln i 14 §, 7 p VmL. Se här som ex de fall som omtalas av Holmqvist, Koreferat i ämnet Bruksplikt for registrerte varemerker, NIR 1975 s 111 f, Sollentuna och Färentuna tingsrätt dom 8.3 1974, nr DT 128, COURONNE och Malmö tingsrätt mål T 267/73, AQUOCORT, avskrivet.

år,[101] 25 §, 2 st VmL. Att märka är emellertid att en registrering inte kan avföras ur registret ex officio av registreringsmyndigheten, utan talan om registreringens hävande måste först föras hos allmän domstol. Hävning kan inte ske om varumärkesinnehavaren visar skäl för sin underlåtenhet att använda märket, en bestämmelse som korresponderar mot art 5 C (1) ParisK. Särskilt det förstnämnda förhållandet medför att stadgandet om användningstvång blir föga effektivt.[102]

Icke-använda märken är egentligen en företeelse som framstår som främmande för det varumärkesrättsliga systemet. I och för sig skulle man också kunna ifrågasätta om registreringen av sådana förrådsmärken som varken används eller är avsedda att användas egentligen är möjlig enligt VmL. Sådana märken är ju enligt den beskrivning som ges i 1 § VmL inte att anse som varumärken, eftersom de aldrig kommer att fylla den där angivna funktionen.[103]

Däremot kan inte någon kritik riktas mot att en näringsidkare kan registrera ett märke en viss kortare tid innan det börjar användas, t ex för en produkt som är under utveckling.[104]

I praktiken är det emellertid omöjligt att avgöra huruvida det

---

101. De danska och norska varumärkeslagarna avviker här från de svenska och finska genom att något användningstvång ej föreligger. Åtminstone i dansk rätt betyder dock detta inte att det helt saknar betydelse huruvida ett märke använts eller ej, se UfR 1963 s 120 (= NIR 1966 s 222), BIF = LIF och UfR 1968 s 481. I tysk rätt föreligger sedan 1968 användningstvång, 11 § WZG. I amerikansk rätt kan överhuvudtaget bara använda märken registreras. Ang användningstvång i de nordiska länderna se Lassen, a a s 35 ff, dens, Iakttagelsessituationer i varemærkeretten, TfR 1974 s 62 ff, Brugspligt for varemærker, Diskussion i danska föreningen för industriellt rättsskydd, NIR 1965 s 72 ff, Thommessen, Bruksplikt for registrerte varemerker, Referat til det XV nordiske möte for industriell rettsbeskyttelse, NIR 1974 s 225 ff och diskussion vid mötet återgiven i NIR 1975 s 94 ff. Ang användningstvång i icke-nordiska länder se ex Schricker, Loss of Trade Mark Rights by Nonuse, IIC 1971 s 173 ff och de olika AIPPI-rapporterna i ämnet Conditions de l'usage nécessaire pour le maintien ou le renouvellement de l'enregistrement d'une marque, AIPPI Annuaire 1977/II s 189 ff.
102. Holmqvist, a a s 112 f.
103. Jfr Kolster, Koreferat i ämnet Bruksplikt for registrerte varemerker, NIR 1975 s 104 ff.
104. Flera skäl finns angivna i SOU 1958: 10 s 179 f och prop 1960: 167 s 142 ff. Se också Lassen, Brugsplikt for varemærker, NIR 1964 s 48 ff, Thommessen, a a s 226. Behovet av förrådsmärken anses oftast särskilt stort inom den farmaceutiska industrin, se ex SOU 1958: 10 s 179, 1 LU 1960: 39 s 31 och Uggla i NIR 1975 s 123.

märke som söks registrerat är avsett att användas eller inte. Patent- och registreringsverket utgår emellertid ifrån att det märke som söks registrerat kommer att användas som varumärke. Detta innebär att i praktiken skydd kan uppkomma för alla märken som skulle kunna fylla en särskiljningsfunktion.[105]

Från rättspolitisk synpunkt är det svårt att finna några motiv för möjligheten att kunna registrera varumärken som varken används eller är avsedda att användas inom en viss kortare tid.[106] Däremot bör naturligtvis ett märke som tidigare varit så känt att det trots att det ej använts under en längre period fortfarande är inarbetat vara skyddat.[107] Rent principiellt synes det betydligt lämpligare och mer i linje med varumärkesrättens grundprinciper att prioritera den näringsidkare som först får ett akut behov av att använda ett visst märke framför den som enbart sökt registrering. Som ovan sagts kan visserligen vissa av slumpen utvalda förrådsmärken, nämligen sådana som en annan näringsidkare av någon anledning önskar få använda, få ett stort värde. Det kan emellertid inte vara lagstiftarens uppgift att skapa möjligheter för en sådan handel med varumärken.[108] Tvärtom är ju en av grundtankarna bakom varumärkeslagstiftningen att inte i onödan försvåra en näringsidkares val av varumärke.

Inte heller registrering av defensivmärken kan anses acceptabel.[109] Det riktiga måste i stället vara att det märke som skall skyddas av varumärkeslagstiftningen ges ett så vidsträckt skydd att förväxlingar mellan detta märke och andra förhindras.[110] Som senare kommer att framgå torde så också vara fallet.[111]

Från konsumentsynpunkt finns heller inget motiv för att skydda icke-använda märken eftersom ju dessa aldrig kommer att komma till konsumenternas kännedom. Tvärtom kan de kostnader som ett eventuellt påtvingat förvärv av ett icke-använt märke medför verka

105. Samma för tysk rätt Heydt, a a s 240.
106. Se här särskilt Holmqvist, a a s 114 och dens, Varumärkeslagen och konkurrensrelationen, NIR 1977 s 347 ff.
107. Se RÅ 1970 s 74 (= NIR 1971 s 328), LJUNGLÖFS.
108. Samma Holmqvist, Varumärkeslagen och konkurrensrelationen s 356 och Thommessen, a a s 226.
109. Uggla i NIR 1975 s 123. Annan åsikt dock Thommessen, a a s 226, 235 ff.
110. SOU 1958: 10 s 180 f.
111. Se nedan s 205 ff.

fördyrande på de av detta märke kännetecknade varorna, låt vara att effekten vanligen blir rätt marginell.

Kritik liknande den som ovan riktats mot möjligheten att registrera icke använda märken kan också riktas mot möjligheten att upprätthålla varumärkesskydd också för sådana varor för vilka varumärket ej används.[112] Skulle bestämmelsen om användningstvång tolkas enligt förarbetena är denna möjlighet inte heller tidsbegränsad, eftersom användningstvånget skall anses uppfyllt så snart märket överhuvud taget används.[113] Det förefaller emellertid inte omöjligt att domstolarna trots detta uttalande skulle ställa högre krav.

I detta sammanhang måste dock observeras att ett varumärkes skyddsomfång genom kravet på varuslagslikhet inte sällan kan bli för snävt för att kunna motverka alla förväxlingar.[114] Ibland kan det därför vara nödvändigt att registrera ett märke även för varor för vilka det inte används för att få ett fullgott förväxlingsskydd. En skärpning av användningstvånget medför därför krav på en vidsträcktare varuslagslikhetsbedömning. Det är också rimligt att en näringsidkare vars verksamhet expanderar till att omfatta nya varuslag skall ha möjlighet att använda sitt märke även för dessa. En näringsidkare i en sådan situation har ju normalt ett större intresse av att få använda märket för ifrågavarande varuslag än en näringsidkare som aldrig använt märket ifråga. Avvägningen blir dock mer komplicerad om två näringsidkare som tidigare använt samma märke men för helt olika varuslag, båda utvidgar sin verksamhet till samma slag av varor och då även för dessa vill använda sina gamla märken. Enligt min mening är det i detta fall de lege ferenda rimligast att den som först börjar använda märket för de nya varorna får fortsätta med det.

Av varumärkeslagens ordalydelse framgår klart att lagen utgår från att alla skyddade varumärken används.[115] I förarbetena uttalades också att det är en i princip riktig grundsats att varumärkes-

112. Holmqvist, a a s 357 ff. Mer liberal dock Thommessen, a a s 233 ff.
113. Prop 1960: 167 s 149.
114. Se nedan s 246 ff.
115. Se ex 1, 4 och kanske särskilt 10 §§ ("båda må användas"). Se också Koktvedgaard, a a s 223 och Thommessen, a a s 225.
116. SOU 1958: 10 s 179, prop 1960: 167 s 146. Se också SOU 1958: 10 s 48 och prop 1960: 167 s 26, 30 ff, 35 ff.

skydd endast är befogat i den omfattning som märkena begagnas.[116] En möjlighet att under en viss kortare tid kunna skydda ett helt oanvänt märke eller ett använt märke också för andra varor än de för vilka märket används, framstår dock mot bakgrund av ovanstående som ett väl motiverat och praktiskt betingat undantag från huvudregeln att användningens omfattning skall vara avgörande för skyddets omfattning. De nuvarande registreringsreglerna innebär dock att skydd för oanvända märken är möjligt i större utsträckning än vad som följer av en sådan princip eller av andra vägande skäl. En skärpning av användningstvånget så att varumärkesskyddets omfattning också i praktiken korresponderar med användningens omfattning skulle ligga väl i linje med varumärkeslagens grundprinciper.[117] Från konsumentsynpunkt har dock användningstvångets utformning mycket begränsad betydelse.

Den internationella varumärkesrätten uppställer emellertid vissa begränsningar såvitt gäller användningstvångets utformning. Enligt art 5 C (1) ParisK gäller att om i ett land användning av registrerat varumärke är föreskrivet, skall registreringen inte kunna hävas förrän efter skälig tid och endast om vederbörande icke visar skäl för sin underlåtenhet att använda märket. Vad som utgör skälig tid anges inte närmare. Det är emellertid klart att en ganska avsevärd skärpning av användningstvånget kan ske utan att det kommer i konflikt med ParisK. Som framgår av artikelns ordalydelse är det även möjligt att efter amerikanskt mönster föreskriva att användning av ett märke är en förutsättning för att registrering överhuvud taget skall kunna ske.[118]

Mer detaljerade regler om användningstvång finns i Trademark Registration Treaty, TRT. Konventionens huvudsyfte är att skapa en möjlighet till internationell registrering av varumärken.[119] Enligt konventionens art 19 (3) (a) kan en varumärkesregistrering inte ogiltigförklaras förrän tre år gått från det registreringen mottogs av den internationella registreringsmyndigheten och tillika, enligt art 19 (3) (b), ett år förflutit från det registreringen

117. Samma Holmqvist, a a s 257 ff.
118. Bodenhausen, a a s 76. Ang bakgrunden till art 5 C (1) se Ladas, a a s 1269 ff.
119. Se om konventionen Ladas, a a s 1492 ff.

beviljats av nationell registreringsmyndighet. Sistnämnda begränsning gäller dock inte om märket ej använts inom fem år från den dag då den internationella ansökan ingavs.

2.4 Varumärkets egenskapsantydande effekt

Enligt sin definition har varumärket endast till funktion att symbolisera de kännetecknade varornas kommersiella ursprung, inte deras egenskaper. Inte desto mindre uppfattar konsumenterna nästan alla varumärken också som symboler för mer eller mindre bestämda egenskaper hos de kännetecknade varorna.[1]

Vilka egenskaper ett varumärke uppfattas symbolisera är emellertid mycket svårt att ange, eftersom flera olika faktorer här har betydelse. De viktigaste torde vara

1. varumärkets utformning,
2. vilken konsument som observerar märket,
3. om konsumenten redan före kontakten med märket kände till det och/eller den vara det kännetecknar samt om så är fallet,
4. vilken eller vilka varor märket kännetecknar.

Särskilt den andra omständigheten medför att det är svårt att fastställa ett varumärkes associationsinnehåll. Hur en viss konsument uppfattar ett märke beror nämligen i sin tur på en mängd olika samverkande faktorer av både psykologisk och icke-psykologisk natur[2] av vilka flera är individuella för den ifrågavarande konsumenten. Werkman, som delar in faktorerna i externa och medfödda, anser att de viktigaste är följande:[3]

a. *External factors:*
   1. the culture of his country and place of birth;
   2. the culture of the country and place where his parents live;
   3. the culture of the parental home;
   4. environmental influences outside the parental home;
   5. the matrimonial environment.

---

1. Bland de första som särskilt poängterade detta var Gardner-Levy, a a s 33 ff.
2. Werkman, a a s 91 ff.
3. A a s 95 ff. Se också Boyd-Levy, a a s 43 ff.

b. *Innate factors:*
   1. physical; (a) race, (b) sex, (c) age;
   2. cultural, e.g. cultural level, religion;
   3. intellectual, e.g. capacity to make a perceptual analysis;
   4. psychological: (a) uncertainty about the product, (b) uncertainty about the self, (c) desire.

Av ovanstående följer att ett varumärke normalt torde uppfattas olika av skilda konsumenter. Trots detta kan dock fastställas vissa mer enhetliga associationer som olika varumärken kan ge upphov till. Jag vill dock understryka att de individuella variationerna kan vara mycket stora.

Här nedan skall först anges några egenskaper (i vid mening) som de flesta varumärken kan tänkas symbolisera. Därefter skall de egenskaper som några utvalda mer eller mindre suggestiva varumärken symboliserar redovisas. Med suggestiva märken menas här enligt traditionell varumärkesrättslig terminologi, sådana märken som *i sig* är ägnade att inge vissa associationer eller att antyda vissa egenskaper hos den vara som de kännetecknar.[4] Som exempel på suggestiva märken kan nämnas ARISTOKRAT för skor, FACIT för räknemaskiner och REVÄLJ för väckarklockor. I detta arbete ges begreppet suggestiva märken en mycket vid innebörd och det används för alla märken som i sig ger några som helst associationer angående de kännetecknade varornas egenskaper, även om dessa associationer är mycket obestämda. Det bör observeras att ordet suggestiv alltså här används i en annan betydelse än t ex i uttrycket "suggestiv reklam".

2.4.1 Effekter som inte är beroende av varumärkets beskaffenhet

Icke-suggestiva varumärken kan enligt här använd terminologi inte i sig ge upphov till några associationer. En konsument som för första gången kommer i kontakt med ett sådant märke får alltså inte någon som helst upplysning om den kännetecknade varans egenskaper. Detta hindrar emellertid inte att också sådana märken kan ge upphov till vissa antaganden hos konsumenterna. De två

4. SOU 1958: 10 s 271 f.

vanligaste torde vara att en produkt som kännetecknas av ett visst varumärke antas ha andra egenskaper än produkter som kännetecknas av andra märken och att varumärket antas stå som garant för vissa oförändrade egenskaper eller viss oförändrad kvalitet. Dessa båda antaganden skall därför nedan närmare diskuteras.

2.4.1.1 En vara som kännetecknas av ett visst varumärke antas ha andra egenskaper än varor som kännetecknas av andra märken

Ett vanligt antagande bland konsumenterna är att egenskaperna hos en produkt som kännetecknas av ett visst märke i mer eller mindre hög grad skiljer sig från de egenskaper som varor vilka kännetecknas av andra varumärken har.[5] Varan uppfattas ha en egen karaktär. Detta antagande gör konsumenten vanligen oavsett om han redan tidigare kände till ett eller flera av de ifrågavarande varumärkena eller ej.

För att konsumenten skall få någon uppfattning om vad som skiljer de olika varorna åt krävs emellertid antingen att märkena är suggestiva eller att konsumenten tidigare kommit i kontakt med dem och de varor de kännetecknar. De förhållanden som mest påverkar hur bestämda de associationer ett icke-suggestivt märke ger upphov till är, frånsett vilken person som observerar märket, (1) hur känt märket och den vara det kännetecknar är för den person som kommer i kontakt med märket och (2) vilken typ av märke konsumenten uppfattar att det är fråga om ("product mark", "house mark", o s v).

De mest bestämda associationerna (för icke-suggestiva märken) uppkommer för sådana "product marks" som består av ord och där konsumenten känner till både själva märket och den vara det kännetecknar. Sådana märken uppfattas ofta symbolisera en produkt som har både ett bestämt ursprung och bestämda egenskaper. Ett märke som t ex DAJM symboliserar för dem som känner till det inte bara varor med ett visst ursprung, nämligen

5. Se ex Boyd-Levy, a a s 15, 56 ff, 78 f, Gardner-Levy, a a s 36, Hanak, The Quality Assurance Funktion of Trademarks, 65 TMR s 318 ff, Kotler, a a s 191, Phelps-Westing, a a s 135, 150, 151, Rissanen, a a s 1, Werkman a a s 4 f, 12 ff.

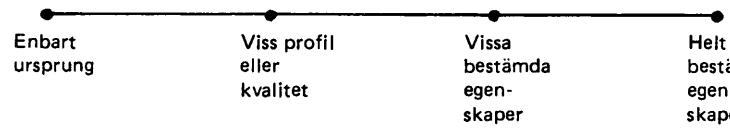
Marabou, utan också en viss sorts konfektyr med speciell smak och konsistens. Varumärket DAJM visar att detta kan ske utan att märket är det minsta deskriptivt. De konsumenter som inte känner till märket DAJM eller den vara som det kännetecknar får däremot inte dessa bestämda associationer. De antar dock normalt att den vara som säljs under märket DAJM på något sätt är annorlunda än den som säljs under märket JAPP.

Välkända "family marks", dvs märken som kännetecknar flera olika typer av varor, kan däremot av naturliga skäl inte på motsvarande sätt uppfattas symbolisera så distinkta egenskaper. Om konsumenten känner till att märket används för flera olika typer av varor kan ju märket inte komma att associeras med en specifik produkt. Däremot kan också "family marks" komma att symbolisera en viss profil, t ex sportig, eller vissa kvalitetsegenskaper. Vissa sådana associationer torde konsumenterna få av nästan alla märken de känner till.[6] Det är heller inte ovanligt att ett "family mark" kommer att uppfattas som ett "statusmärke", eftersom status ju är en "egenskap" som kan vara gemensam för många olika typer av varor.

Märken som en konsument känner till kan också komma att symbolisera andra positiva förhållanden än sådana som sammanhänger med de kännetecknade varornas egenskaper, t ex bra service eller omfattande garanti.[7] Särskilt "house marks" ges ofta medvetet ett sådant associationsinnehåll. Redan här kan det vara lämpligt att påpeka att varumärken ofta medvetet ges en viss utformning för att understryka att varan har en viss karaktär eller vissa egenskaper. Därmed har vi emellertid kommit in på de suggestiva märkenas område.

Av ovanstående framgår att det i verkligheten torde vara mycket ovanligt att ett varumärke enbart uppfattas kännetecknа varans kommersiella ursprung. Åtminstone när det är fråga om sådana märken som i första hand vänder sig till konsumenter, torde de

6. Jfr Henell, Konsumtion och sådant bl a s 34, 172 f där det påstås att alla varor har symbolvärde.
7. I och för sig kan man naturligtvis anse att varan och dylika kringtjänster skall ses som en enhet. Ett sådant betraktelsesätt är vanligt i ekonomisk litteratur men däremot inte i juridisk. Det torde också strida mot normalt språkbruk.



flesta även uppfattas symbolisera vissa mer eller mindre bestämda egenskaper. De flesta varumärken som använts i någon större omfattning torde alltså ligga på eller till höger om punkten "viss profil eller kvalitet" på ovanstående axel. Merparten av märkena är således, mer eller mindre, vad man skulle kunna kalla "partialdegenererade".

Att konsumenterna uppfattar varor som är märkta med skilda varumärken som olika är ganska naturligt, eftersom detta normalt överensstämmer med det verkliga förhållandet. Varor med olika ursprung skiljer sig i det alldeles övervägande flertalet fall åt. Särskilt gäller detta om man utgår från konsumenternas individuella uppfattning av produkterna. På grund av olika individuella, ofta psykologiskt grundade, faktorer kan emellertid också varor som konsumenten vet är tekniskt så gott som lika uppfattas som helt osubstituerbara. En konsument köper kanske ett klädesplagg av ett visst märke inte bara för plaggets goda fysiska egenskaper (ex slitstyrka, passform, värmeförmåga), utan också för att just detta märke ger honom en viss eftersträvad image och därför bättre kan tillfredsställa ett psykiskt behov.[8] Från den enskilde konsumentens synpunkt kan också sådana överväganden framstå som rationella.

Det förekommer även att användningen av olika varumärken på så gott som eller t o m helt identiska varor medför att konsumenterna tror att det föreligger några faktiska skillnader mellan varorna. Detta är, mot bakgrund av det sagda, inte så förvånande. En näringsidkare kan alltså ibland genom att använda olika märken på samma produkt få konsumenterna att tro att det är fråga om olika produkter, s k märkesdifferentiering.[9] Vanligast är detta bland sådana typer av produkter för vilka det är svårt, för att inte säga omöjligt, för konsumenterna att bedöma huruvida några faktiska skillnader föreligger mellan varorna innan de prövat dem.

8. Boyd-Levy, a a s 20, McCarthy, a a s 250 f.
9. Se nedan s 91 ff.

Till denna grupp hör bl a hushållskapitalvaror som TV-apparater, tvättmaskiner o dyl samt många kemisk-tekniska varor, t ex tvättmedel, tandkräm osv. Även inom dessa varugrupper torde det emellertid finnas produkter, t ex bensin, som uppfattas som lika trots att de säljs under olika märken.[10]

Av vilken anledning överskattar då konsumenterna så pass ofta som sker skillnaderna mellan varor som kännetecknas av olika varumärken? Härom vet man egentligen inte så mycket. Det förefaller dock inte osannolikt att en av de främsta anledningarna är att varumärkesinnehavarna i reklamen särskilt framhåller sina egna varors egenskaper för att få konsumenterna att tro att dessa är bättre än konkurrentvarornas och att det sätt på vilket varumärken används i denna reklam gör det naturligt att förknippa märkena med de egenskaper som anges i reklamen.[11] Varumärkena kommer ju rimligen, liksom alla andra symboler, att uppfattas som kännetecken för det som användaren brukar dem som kännetecken för.[12]

Konsumenterna kan emellertid överbetona skillnaderna även om de inte observerat någon reklam för varorna ifråga, t ex när de första gången ser dem i en butik. En förklaring till detta kan vara att konsumenterna av erfarenhet vet att vissa skillnader normalt råder och att de antar detta gäller även i det aktuella fallet. Någon betydelse kan väl också det förhållandet ha att olika symboler i andra sammanhang inte brukar beteckna identiska objekt eller storheter.

En ytterligare anledning kan vara att produkternas egenskaper framstår som en naturlig skillnadsgrund. Detta torde främst vara fallet när konsumenterna känner till att varorna har samma ursprung, såsom t ex när ett "house mark" används i kombination med olika "product marks".[13] Det är helt naturligt att konsumenterna antar att Volkswagen Golf och Volkswagen Polo har olika egenskaper, eftersom någon annan närliggande förklaring till an-

10. Märk dock Essos mycket lyckade världsomfattande kampanj "Stoppa en tiger i tanken" som möjligen medförde att Essos bensin uppfattades som effektivare än andras.
11. Jfr Loewenheim, a a s 64 ff.
12. Se Werkman, a a s 8.
13. Se ovan s 34 ff, 39.

vändningen av de olika produktmärkena inte finns.

Till vad som ovan sagts kommer också att olika individuella, psykologiskt betingade orsaker också kan ha viss betydelse.

2.4.1.2 Varumärket associeras med vissa konstanta egenskaper eller viss kvalitet

Ett annat vanligt antagande är att den produkt ett visst bestämt märke kännetecknar under en viss tidsperiod har en konstant eller åtminstone inte försämrad kvalitet.[14] Detta har framhållits både av varumärkesutredningen[15] och i annan juridisk litteratur och brukar ofta uttryckas med att varumärket har en garantifunktion (alternativt kvalitets- eller förtroendefunktion).[16]

En förutsättning för detta antagande är således att konsumenterna tidigare observerat märket eller på annat sätt fått reda på dess existens. Om endast kort tid förflutit mellan de tillfällen då konsumenterna kommit i kontakt med märket torde det, under förutsättning att varans utseende är detsamma vid båda tillfällena, inte vara ovanligt att konsumenterna antar att varan är helt oförändrad. Om tidsperioden är längre torde dock de flesta konsumenter normalt räkna med att vissa ändringar kan ha förekommit. En konsument som exempelvis köper två dammsugare av samma mär-

---

14. Working Group on Industrial Property Aspects of Consumer Protection, WIPO document CORP/II/2 1979 s 7, Kotler, a a s 191, McCarthy, a a s 249 f, Phelps-Westing, a a s 136, Werkman, a a s 8 f. Med orden "kvalitet" och "egenskaper" menas här nedan konsumenternas subjektiva uppfattningar ang dessa eftersom antagandena bara kan gälla för dem.
15. SOU 1958: 10 s 48.
16. Se härom Andreasen, a a s 198 (endast särskilt kända märken fyller en garantifunktion), Baumbach-Hefermehl II, Einl anm 14, Beier-Krieger, a a s 127, Callman, a a s 9 ff, Hanak, a a s 318, 334, Koktvedgaard, a a s 171 (utan betoning), Lassen, a a s 35, Loewenheim, a a s 228 ff, 240 ff, McCarthy, Trademarks and Unfair Competition I, s 92 ff, Riehle, a a s 109 ff, 118 ff, 123 ff, Sack, a a s 445 ff, Schechter, a a s 337, Schlutep, a a s 71 ff, 82, 104 ff, Tietgen, a a s 43 ff (som påpekar att även distributörsmärken har en förtroendefunktion. Detta är också helt klart. Här kan också påpekas att det för konsumenterna ofta inte framgår huruvida ett visst märke är ett fabriksmärke eller distributörsmärke), Tiili, a a s 242 f, 248, Vanzetti, a a s 134. Enighet råder också om att garantifunktionen inte är skyddad på så sätt att det skulle vara generellt förbjudet för varumärkesinnehavaren att försämra egenskaperna hos sina varor. Särskilt Loewenheim, a a s 240 ff och Riehle, a a s 123 ff, som båda fattar garantifunktionen mycket vitt, anser dock att denna har ett visst skydd.

ke inom loppet av ett par månader antar rimligen att dammsugarna är identiska medan motsatsen är fallet om tidsskillnaden är flera år, eftersom konsumenterna är vana vid att förändringar sker med vissa mellanrum. Såvitt gäller vissa typer av varor, t ex drycker, sker dock förändringar inte så ofta och det kan därför tänkas att konsumenterna även efter flera år antar att några förändringar ej skett.

Även om konsumenterna förstår att varan är förändrad, exempelvis genom att utseendet inte längre är detsamma, antar de ofta, även om lång tid förflutit mellan märkesobservationerna, att vissa karaktärsdrag finns kvar, t ex att det är fråga om en svensk kvalitetsprodukt.

Några bestämda regler för när ett märke uppfattas antyda några konstanta egenskaper eller vilka typer av egenskaper det kan vara fråga om kan dock inte uppställas, utan detta varierar framför allt beroende på varuslaget och vilken image varumärket har.

Antagandet om vissa oförändrade egenskaper har stor betydelse för uppkomsten av märkespreferenser, dvs det förhållandet att en konsument bland ett flertal olika märken av ett visst varuslag under en tidsperiod konstant eller endast med få undantag väljer samma märke vid köp av produkter av ifrågavarande slag.[17] Sådana märkespreferenser är mycket vanliga.[18] Det har emellertid ofta visat sig svårt att ta reda på vad som varit avgörande för märkespreferensernas uppkomst,[19] och detta trots att ett flertal olika modeller utarbetats i syfte att söka finna förklaringar.[20] En anledning kan vara att orsakerna har psykologisk grund och är synnerligen individuella. Det kan också tänkas att orsaken är en variant av vad som brukar uttryckas med orden "Man vet vad man har men inte vad man får".

Antagandet att ett märke står för vissa mer eller mindre bestämda egenskaper eller åtminstone en bestämd kvalitet förekommer också då konsumenten tidigare bara har erfarenhet av en

17. Ang andra mer exakta definitioner se Engel-Blackwell-Kollat, Consumer Behavior, s 440 ff.
18. Kotler, a a s 94, Engel-Blackwell-Kollat, a a s 446 ff och särskilt Wickström, a a s 229 ff, 241, 323 ff.
19. Engel-Blackwell-Kollat, a a s 446 ff med vidare hänv.
20. A a s 454 ff.

annan varutyp som också kännetecknas av märket.[21] För en konsument som tidigare köpt exempelvis ett kylskåp av visst märke ligger det nära till hands att tro att spisar av samma märke håller motsvarande kvalitet. Det är inte ovanligt att varumärkesinnehavarna medvetet försöker skapa en dylik kvalitetsimage kring sitt märke. Som exempel på fall där varukännetecknets egen utformning skall bidra till detta kan nämnas de kända slogans "Certina betyder säkerhet", och "You can be sure if it is Westinghouse". Härmed har vi dock redan kommit in på de suggestiva kännetecknen.

Orsaken till att konsumenterna antar att varumärket symboliserar varor med konstant kvalitet eller egenskaper torde främst vara att detta i praktiken vanligen är fallet. I de allra flesta fall ligger det ju i varumärkesinnehavarnas intresse att behålla eller förbättra sina varors kvalitet. Uppbyggda märkespreferenser kan annars brytas och märkets eventuella goodwill gå förlorad.[22] Det förekommer också att varumärkesinnehavarna i sin reklam medvetet betonar att deras varumärken står som garanter för bestämda egenskaper. Som ex kan nämnas den i Tyskland använda slogan "Persil bleibt Persil".

Situationer i vilka det kan vara fördelaktigt att medvetet sänka en varas kvalitet kan dock förekomma. Så är t ex fallet när förlusterna av den eventuella efterfrågeminskning som grundas på en kvalitetsförsämring är mindre än kostnadsbesparingen vid varans tillverkning.[23] En annan situation är den då man beslutat att lägga ned tillverkningen av en viss produkt men önskar exploatera kvarvarande märkespreferenser och då göra detta med så låga tillverkningskostnader som möjligt.

2.4.2 Suggestiva märken

Som redan framgått antar konsumenterna normalt, oavsett om märkena är suggestiva eller inte, att en vara som kännetecknas av

21. Phelps-Westing, a a s 150.
22. Jfr Kotler, a a s 191, McCarthy, Basic Marketing s 252. Från juridisk litteratur t ex Baumbach-Hefermehl I, Einl anm 14, Loewenheim, a a s 229.
23. Sack, a a s 445.

ett visst varumärke har andra egenskaper än en vara som kännetecknas av ett annat märke.[24] Skillnad mellan suggestiva och icke-suggestiva märken råder dock på så sätt att suggestiva märken (1) ger konsumenterna associationer i en bestämd riktning oavsett om de förut sett märket och den vara det kännetecknar eller ej och (2) att associationerna vanligen är mer homogena, dvs mer oberoende av vilken konsument som kommer i kontakt med märket.

Det är mycket vanligt att varumärken ger upphov till associationer också i andra riktningar än den kännetecknade varans kommersiella ursprung och därför är mer eller mindre suggestiva.[25] Normalt är det inte möjligt att uppställa några generella regler för vilka associationer bestämda typer av märken ger, eftersom associationerna kan vara olika hos olika personer.[26] Ett märke kan också ge upphov till olika associationer vid olika tidpunkter. Associationerna påverkas ofta även av annat än själva märket, t ex av var och hur konsumenterna kommer i kontakt med varan ifråga. Även varumärkets "stil" har betydelse. Många märken som gav ett modernt intryck på 1930-talet uppfattas nu som ålderdomliga.[27] Vidare är att märka att associationerna i hög grad varierar beroende på vilken kulturkrets konsumenterna tillhör.[28] Samma varumärke kan mycket väl uppfattas olika exempelvis i Västeuropa och Sydamerika.

---

24. Se ovan s 68 ff.
25. Werkman, a a s 76. Werkman skiljer på märken som ger "direct product information" och sådana som ger "indirect product information", a a s 12. Med det förra avses information angående vissa egenskaper hos de kännetecknade varorna och med det senare sådan information om dessa som uppkommer genom att märket medvetet eller omedvetet ger upphov till vissa föreställningar om varornas egenskaper i vid mening. Båda dessa typer av märken tillhör alltså de suggestiva märkena. Werkman analyserar också vilken grad av produktinformation 100 olika varumärken ger för envar av varutyperna bysthållare, parfymer, bilar och cigarretter i vart och ett av länderna Frankrike, Tyskland, England och USA. Resultatet är att i genomsnitt 23 % av märkena ger direkt produktinformation och 9 % indirekt. Se a a s 224 f, 228 f, 234, 252 f, 255 f, 260, 264, 286, 290, 293 f, 330, 334, 338, 351 ff och särskilt 381 f. Se också a a s 91 ff. Jfr här Henell, a a s 34, 172 f, där det påstås att alla varor har ett symbolvärde.
26. Werkman, a a s 91 ff där denne analyserar tolkning av varumärken.
27. Werkman, a a s 139 ff ang olika konstnärliga inriktningars inflytande på varumärkenas utseende.
28. A a s 93 f ang märket i fig 4.5.

Däremot behöver inte suggestiva märken ge upphov till mer distinkta associationer än icke-suggestiva. Som ovan nämnts ger exempelvis varumärket DAJM hos många personer upphov till mycket distinkta associationer.[29] Under varumärkenas första tid är dock associationerna vanligen mer distinktiva för suggestiva märken. Sådana märken startar alltså till höger om de icke-suggestiva på den axel som visats på s 70 och kräver mindre användning för att förflytta sig längre åt höger. Däremot är det alltså inte nödvändigt att ett märke är suggestivt för att det efter en längre tids användning skall komma mycket långt till höger på axeln.

Ofta läggs stor möda ner på att skapa märken som väcker "de rätta" associationerna hos konsumenterna.[30] Werkman, som gjort den troligen mest omfattande analysen av olika varumärkens associationsinnehåll, anser att dessa kan hänföras till ett eller flera av följande områden:[31]

"I SOURCE OF THE PRODUCT
- a. Manufacturer
  - a.a. Identity of producer
  - a.b. Identity of factory
  - a.c. Identity of industrial branch
- b. Geographic, political and ethnic sources
  - b.a. Location of factory
  - b.b. Country of origin
  - b.c. National culture of producer
- c. Subsidiary sources
  - c.a. Origin of raw materials
- d. Production methods used
- e. Mode of transport to point of sale

II FUNCTION OF THE PRODUCT
- a. Application
- b. Purpose

29. Se ovan s 68 f.
30. A a s 103. Werkman betonar också att detta måste bli vanligare i framtiden, se s 133 f. Han redogör vidare för flera fall där gamla märken moderniserats, se s 431 ff, samt analyserar de frågor som blir aktuella i samband med skapandet av ett nytt varumärke, se s 447 ff. Se också ex Herhysky, Corporate Identity — By Design, Not Default, 60 TMR 63 ff (1970) och Prinslow, How Management Implements the Trademark Policy, 58 TMR s 713 ff (1968).
31. A a s 17 f.

III COMPOSITION OF THE PRODUCT AND PACKAGING
- a. Raw materials
- b. Composition
- c. Ingredients
- d. Packaging

IV PHYSICAL PROPERTIES OF THE PRODUCT
- a. Form
- b. Colour
- c. Weight
- d. Structure
- e. Taste
- f. Elasticity
- g. Strength
- h. Appearance
- i. Temperature
- j. Precision
- k. Texture

V OPERATIONAL PROPERTIES OF THE PRODUCT
- a. Quality
- b. Safety
- c. Speed
- d. Comfort
- e. Mode of preparation
- f. Durability
- g. Mode of consumption
- h. Healthfulness

VI PSYCHOLOGICAL PROPERTIES OF THE PRODUCT
- a. Status value
- b. Luxury value
- c. Sensual value
- d. Sexual character
- e. Appealingness
- f. Mysteriousness

VII ECONOMIC FACTORS
- a. Price
- b. Availability
- c. Relationship to similar products

VIII EFFECTS OF CONSUMING THE PRODUCT
- a. Effects
- b. Usefulness"

De allra flesta ordmärken är åtminstone i viss mån suggestiva. Undantag gäller dock för rena fantasiord, dvs ord som inte har

någon betydelse i något språk och som inte heller är sammansatta av stavelser som har någon självständig innebörd, samt för utländska ord vars betydelse konsumenterna inte känner till.[32] Alla andra ord har ju en viss betydelse som kan uppväcka associationer. Det är dock klart att associationerna inte blir så starka om ordet i sin normala betydelse inte kan på ett naturligt sätt användas i samband med den aktuella varan, t ex varumärket TUPPEN för textilier.[33]

För svenskar antyder så gott som alla märken vilka består av svenska ord att den kännetecknade varan kommer från Sverige, dvs de antyder den kännetecknade varans geografiska ursprung (punkt I i uppställningen ovan). Däremot kan inte den omvända slutsatsen dras, dvs att märken som består av utländska ord uppfattas som kännetecknande utländska varor. Därtill är det alltför vanligt att svenska näringsidkare använder sådana varumärken, åtminstone om ordet ingår i något av de stora världsspråken. Ord som, korrekt eller inkorrekt, antas vara exempelvis polska torde dock normalt uppfattas som kännetecknande polska varor.

Svenska ord kan också indirekt ge upphov till uppfattningen att de är fråga om varor med god kvalitet. Associationsbanorna tänks då gå på detta sätt; svenskt ord som varumärke — svensk vara — svensk = god kvalitet (punkt V a ovan).

Andra ordmärken ger kvalitetsföreställningar mer direkt. Ett exempel är varumärket CERTINA. Gentemot sådana ordmärken går en diffus gräns gentemot de som står för en viss exklusiv prägel, t ex orden AMBASSADÖR, ARISTOKRAT och ROYAL (punkt VI a och b ovan).

Vissa ordmärken ger upphov till allmänt positiva associationer som kan passa in på ett flertal olika produkter. Som exempel på ett sådant märke kan nämnas SUNLIGHT. Ordet ger intryck av att produkten är ren, vit, bra, stark o s v.[34] För tvättmedel, som märket ju används för, antyder det att tvätten blir vit, ren och fräsch.

Många ordmärken ger upphov till associationer som är positiva

32. A a s 68 ff, 75 f.
33. A a s 68 f.
34. A a s 12, 61. Ang märkets tillkomst s 79 f.

för en begränsad grupp av produkter. Märket ALASKA, för glass, antyder att produkten är kall, ren och frisk. Ett annat märke som också ger positiva associationer när det används för glass är HOMEPARTY. Märket antyder att produkten används vid trevlig samvaro och andra festliga tillfällen, dvs behagliga situationer.

Ett märke med ungefär motsvarande grad av suggestivitet är MER för läskedrycker. Ordet antyder att drycken är dryg, att den släcker törsten bra, att den smakar mer än andra drycker o s v. Som exempel på ett suggestivt märke för färger kan nämnas SKAGERAK. Märket antyder att färgerna är speciellt anpassade till båtar.

Ord kan också indirekt vara suggestiva om de uppfattas som skämtsamma. Som exempel kan nämnas varumärket GOLIATH. Märket antyder att det kännetecknar stora, kraftiga och starka produkter, men det används eller användes för mycket små bilar.[35]

Andra varumärken är så suggestiva att de endast lämpar sig för en mycket liten krets av varor eller kanske t o m endast för en viss produkt. Som exempel kan nämnas varumärkena TORR OCH GLAD för blöjor, DELIKATT för kattmat, SMOKELESS för snus och BANKOMAT för automatisk bankservice. Till de märken som bara kan användas för en enda produkt hör naturligtvis också det välkända märket KARLSSONS KLISTER.

Också många figurmärken är mer eller mindre suggestiva.[36] Även bland dem finns det märken som ger ett allmänt exklusivt intryck, märken som ger mer speciella intryck och som därför bara kan användas för vissa speciella typer av varor och märken vilka så gott som direkt anger vilken typ av vara det är fråga om och som därför bara kan användas just för denna typ av vara.

Vissa motiv anses ge ett allmänt positivt intryck och de används därför i mycket stor omfattning. De internationellt vanligaste figur-

35. Det kan nämnas att det finns två helt motsatta uppfattningar om värdet från innehavarens synpunkt av användningen av humoristiska varumärken. Enligt den ena uppfattningen får konsumenterna större förtroende för "seriösa" märken medan enligt den andra humoristiska märken ofta är särskilt fördelaktiga, eftersom de är lätta att komma ihåg och ger ett sympatiskt intryck. Själv är jag närmast anhängare av den senare uppfattningen, utom såvitt gäller produkter som används i säkerhetssyfte (t ex bilhjälmar och flytvästar), samt läkemedel och liknande produkter.
36. Werkman, a a s 65.

märkena har angetts vara de som består av en sol, ett öga, en kvinnofigur (särskilt i Frankrike och Tyskland), stjärnor, kronor, händer och hästar.[37] En annan anledning till att sådana märken används i så stor omfattning är att de anses lätta att komma ihåg.[38]

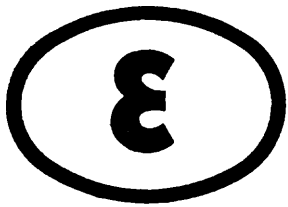


Fig 1

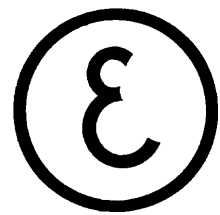


Fig 2

Även ett så enkelt märke som det i fig 1 avbildade har av Werkman ansetts suggestivt i här avsedd mening.[39] Werkman gör en jämförelse mellan detta märke och märket i fig 2 vilket han anser vara ändå enklare. Han menar emellertid att det vänstra märket har

"a completely different character; it would lack tension, at least the tension of the ellipse, which expresses a feeling of 'I want to get out' and of the E which now seems to represent a man on the point of setting him free, stooping, arms and elbow apart.

I feel that this tension, these elements of complexity, make it the trademark *par excellence* for an expansive company which moreover deals in products intended to make engines go by means of small, and above all controlled, explosions. It is capable of expressing a tense, aggressive attitude of the concern behind the emblem."

Som exempel på märken som ger ett allmänt exklusivt intryck kan nämnas sådana som avbildar kronor, medaljer o dyl.[40] Särskilt vanligt är det att förpackningar medvetet ges en exklusiv prägel. Cigar-

37. A a s 393 ff. Werkman anser att den höga frekvensen av sådana märken är ett tecken på att den symbolik som i äldre tider fanns kring dessa märken fortfarande i någon mån lever kvar.
38. A a s 393.
39. A a s 180.
40. På t ex ölflaskor är dock medaljer och kronor så vanliga att det exklusiva intrycket nästan försvinner.

retter är en produkt där denna tendens är särskilt tydlig. Cigarretter som är avsedda att uppfattas som mer exklusiva är ofta förpackade i guldfärgade och/eller mörkblå förpackningar formade som cigarrettetuier.

Som exempel på märken som ger upphov till mer speciella associationer kan nämnas sådana som förknippas med fart, t ex figurer som föreställer pilar och raketer m m[41] och märken som ger intryck av styrka.[42]

Nedanstående två märken utgör exempel på märken som ger associationer till bestämda varor.

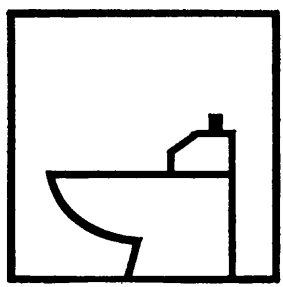


Fig 3

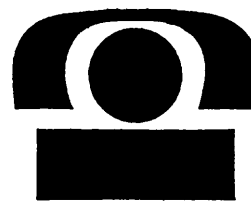


Fig 4

Till skillnad från ord- och figurmärken ger bokstavs- eller siffermärken sällan upphov till några associationer.[43] Detta är egentligen självklart, eftersom sådana märken i allmänhet inte har någon självständig betydelse. Undantag gäller dock för t ex siffrorna 13 och 21.[44]

41. A a s 36, 50 f, 64, 87.
42. A a s 34.
43. A a s 72 f.
44. Mot denna bakgrund är det egentligen något förvånande att man i svensk rätt anser att bokstavs- och siffermärken har mindre särskiljningsförmåga än ord- och figurmärken, SOU 1958: 10 s 275 i anknytning till 13 § VmL. Däremot är bokstavsmärken, som också framhålls i utredningen, svårare att komma ihåg och därigenom också svårare att inarbeta. Man kan därför säga att bokstavs- och siffermärken har mindre "inarbetningsförmåga".

2.4.3 Konsumentaspekter

I detta avsnitt skall ett försök göras att från konsumentsynpunkt granska varumärkets egenskapsantydande effekt. Härvid kan genast konstateras att denna effekt innebär en fördel för konsumenterna så länge den aktuella varan verkligen har de egenskaper som konsumenterna p g a dess kännetecken antar.[45] Frånsett att varumärket då underlättar produktvalet och därmed minskar konsumenternas sökkostnader på de sätt som beskrivits i avsnittet om varumärkets särskiljningsfunktion,[46] så ger det då också viss produktinformation till låg kostnad.

Det är emellertid uppenbart att den aktuella produkten inte alltid motsvarar de förväntningar som dess varumärke ger upphov till hos konsumenten. I sådana fall kan givetvis avsevärda nackdelar uppkomma för denne. Som redan tidigare påpekats kan emellertid samma varumärke uppfattas olika av skilda konsumenter och också olika av samma konsument vid skilda tidpunkter. Det är därför uppenbarligen inte möjligt att åstadkomma en reglering som skulle medföra att alla varor alltid har de egenskaper varornas kännetecken får konsumenterna att anta. I vissa situationer och för vissa märken är dock konsumenternas antaganden mer enhetliga och för dessa kan man tänka sig att ge antagandena rättslig relevans. Här skall först antagandet att en vara som kännetecknas av ett visst varumärke har andra egenskaper än varor som kännetecknas av andra varumärken granskas och därefter antagandet att ett varumärke kännetecknar varor med vissa konstanta egenskaper eller viss kvalitet. Till sist skall de antaganden särskilt suggestiva märken ger upphov till granskas.

2.4.3.1 Antagandet att en vara som kännetecknas av ett visst varumärke har andra egenskaper än varor som kännetecknas av andra märken

Antagandet att en vara som kännetecknas av ett visst varumärke

---

45. Jonsson, Konsten att förföra konsumenten s 128 f, synes mena att de associationer företagen vill att konsumenterna skall få så gott som aldrig överensstämmer med varornas faktiska egenskaper. Detta synes emellertid vara betydligt överdrivet.
46. Se ovan s 41 ff.

har andra egenskaper än varor som kännetecknas av andra varumärken medför inga generella nackdelar från konsumentsynpunkt, eftersom antagandet normalt överensstämmer med verkligheten.[47] Få varor som är märkta med olika märken torde vara lika på alla de punkter som konsumenterna kan värdesätta. Normalt medför alltså detta antagande att varumärkena vid sidan av sin identifikationsfunktion också har en viss produktinformationsfunktion.

Däremot kan det givetvis medföra nackdelar från konsumentsynpunkt om varor som är helt identiska uppfattas som olika. Konsumenterna blir ju då vilseledda. I en rapport från Konsumentverket har de viktigaste nackdelarna angetts vara följande:[48]

1. Vid valet av vara kan konsumenten komma att ägna tidsresurser och tankeverksamhet åt imaginära, dvs konstgjorda och onödiga val.
2. Vad som uppfattas som verkliga sortimentsskillnader mellan skilda butiker kan visa sig vara endast skenbara och försvåra för konsumenten att bedöma prisnivåerna.
3. Valet av inköpsställe försvåras, eftersom konsumenternas sam-

47. Här bortses tills vidare från de effekter på märkesinnehavarens marknadssituation som konsumenternas eventuella överbetonande av hans varors särskilda egenskaper kan få. Denna fråga kommer närmare att behandlas nedan i avsnittet om varumärkets konkurrensbegränsande och/eller konkurrensfrämjande effekter.
48. Märkesdifferentiering — ett konsumentproblem, Konsumentverkets rapport 1974: 9 s 13 f. I rapporten används två olika definitioner på märkesdifferentiering nämligen 1) det förhållandet att praktiskt taget identiska produkter med olika märkesnamn saluförs av ett och samma företag eller koncern och 2) det förhållandet att praktiskt taget identiska produkter saluförs under olika märkesnamn oberoende av vem som tillverkat dem, se s 7. Definition 2) används också i Dines-Larsen, a a. Eftersom begreppet märkesdifferentiering enligt sistnämnda definition har en annan innebörd än i denna framställning används det inte i uppräkningen ovan. Detta är också anledningen till att den nackdel som nämns först i Konsumentverkets rapport, nämligen att märkesdifferentiering medför att konsumentens utvärdering av försäljningsinformation försvåras på grund av att mängden varumärken ökar, inte har medtagits. Denna nackdel synes nämligen enbart gälla sådan märkesanvändning som i detta arbete kallas märkesdifferentiering.

    Se ang nackdelarna också Dines-Larsen, a a s 20 ff, Vaagbø, Suggesjonskonkurrance og prestasjonskonkurrance, Forbrukerombudsmannen 3/78 s 16 ff och densamme, Hva skjer på markedet for sanitetsbind og tøyvaskemidler?, Forbrukerombudsmannen 4/78 s 6 ff.

manvägning av bekvämlighet, restid, servicenivå, egen arbetsinsats, prisnivå, kvalitetsnivå m m görs med sämre information än om konsumenterna visste vilka varor som faktiskt var identiska.

4. Användningen av olika varumärken på identiska varor försvårar för konsumenten att ta del av andra konsumenters produkterfarenhet. Härigenom fördröjs effekten av förändrade produktpreferenser.
5. Ofta kombineras hög reklamintensitet med försök från producenterna att skapa en kvalitetsimage vilken kan användas för att ta ut högre priser än som kan motiveras av skillnader i direkta och indirekta kostnader mellan praktiskt taget lika varor. Det pris som betalas av en del konsumenter blir därför högre än om varan inte sålts under ett eget varumärke.

Dessa nackdelar kan ju förefalla avsevärda, åtminstone om det skulle vara vanligt förekommande att varor som kännetecknas av olika varumärken är helt eller nästan helt identiska. Det är emellertid uppenbart att nackdelarna inte kan undvikas om inte varumärkets särskiljningsgrund ändras från varans kommersiella ursprung till dess egenskaper. Här skall därför diskuteras om det skulle vara till fördel för konsumenterna om varumärkessystemet ersattes med ett nytt varuidentifikationssystem vars särskiljningsgrund skulle vara produkternas egenskaper.

2.4.3.1.1 Skulle ett varuidentifikationssystem som endast särskiljer efter varornas egenskaper vara fördelaktigare för konsumenterna?

Det tycks vara en ganska spridd uppfattning att konsumenterna inte är intresserade av en varas kommersiella ursprung utan endast av dess egenskaper. Bland företrädarna för denna åsikt måste man emellertid skilja mellan dem som anser att det nuvarande varumärkessystemet helt bör överges och dem som anser att det bör behållas, men att varumärkena är relativt ointressanta från konsumentsynpunkt.[49] De som tillhör den senare gruppen har ofta åsikten att användningen av förväxlingsbara eller t o m identiska varumärken på produkter med helt olika kommersiellt ursprung inte behöver strida mot konsumentintresset. Även om varumärkes-

lagstiftningen inte kan sägas bygga på denna ståndpunkt, finns dock spår av den i varumärkesutredningens betänkande. I samband med beskrivningen av innebörden av begreppen vilseledande och förväxling uttalas nämligen:[50]

"Vid vilseledande åsidosätts främst ett *allmänt intresse:* allmänheten, d.v.s. de köpare till vilka märket vänder sig, får en annan och sämre vara än vad den genom märket bringats att räkna med. Förfarandet får härigenom i viss mån karaktären av bedrägeri; i andra hand kan detta givetvis vara till skada också för övriga näringsidkare inom branschen. Vid förväxling däremot tror köparen, att han erhåller A:s vara, där det i själva verket är B som tillhandahåller den. För allmänheten är det emellertid i och för sig likgiltigt vem som tillhandahåller varan, om denna blott har de önskade egenskaperna. Intet hindrar att B:s varor äro lika goda som A:s eller t.o.m. bättre; äro de sämre kan detta självfallet bli till skada också för allmänheten. Vid förväxling är det således i princip främst innehavarens *privaträtt* till visst varumärke som lider skada."

Åsikten har också satt sina spår i KO:s praxis i avgöranden om vilseledande om kommersiellt ursprung. Särskilt framgår detta av KO:s avskrivningsbeslut i Blominfallet.[51]

Beslutet rörde frågan huruvida KO med stöd av nuvarande 2 § MFL skulle ingripa mot användningen av en förväxlingsbar växtnäringsförpackning. KO uttalade bl a att det inte hade framkommit att det förelåg någon från växtnäringssynpunkt eller från prissynpunkt beaktansvärd skillnad mellan Blomin och Växt-Vital. Utredningen gav inte heller vid handen att det i övrigt förelåg någon från konsumentsynpunkt beaktans-

---

49. De åsikter som framförs i Märkesdifferentiering — ett konsumentproblem, Konsumentverkets rapport 1974: 9 och Dines-Larsen, a a antyder sympati för den förstnämnda ståndpunkten även om detta inte direkt utsägs. Motsvarande gäller om Anells och Åkermans bidrag i Reklam och näringsliv svarar sina kritiker (red Jäfvert) s 58 f, 122. Varumärkessystemet har också kritiserats av personer som anser att varumärkena ger sina innehavare en alltför stark ställning på marknaden. Bland dessa kan särskilt nämnas Chamberlin, a a s 270 ff. Eftersom denna fråga inte har något samband med den här diskuterade kommer den att behandlas först senare, se s 108 ff. Mer eller mindre sympati för den senare synpunkten har uttalats av Callman, a a s 9, 774, Hanak, a a s 319, Rissanen, a a s 9, Simon, a a s 162. Se också Schricker, Schutz des Allgemeinintresses im Markenrecht und Koexistenz verwechselbarer Marken verscheiedener Inhaber, GRUR 1967 s 646 ff.
50. SOU 1958: 10 s 280 f.
51. KO dnr 1631/73. Se också Ett fall för KO s 174 ff.

värd skillnad mellan de båda produkterna. KO ansåg därför att den eventuella risk för förväxling mellan produkterna som kunde uppkomma fick anses betydelselös för konsumenten och att den fråga som anmälan aktualiserat var av ringa betydelse från konsumentsynpunkt.[52]

Som antytts kommer i det följande bara att diskuteras följderna av en övergång till ett varuidentifikationssystem som endast särskiljer efter varornas egenskaper samtidigt som användningen av varumärken förbjuds. Således skulle t ex alla tvättmedel som har vissa egenskaper kännetecknas av en symbol oavsett ursprung och alla tvättmedel som har vissa andra egenskaper kännetecknas av en annan symbol. Endast med ett sådant system uteslutes ju risken för att identiska varor kan komma att symboliseras av olika kännetecken.

Mot ett sådant varuidentifikationssystem kan ett flertal skäl av såväl juridisk, samhällsekonomisk som praktisk art anföras. Direkt kan konstateras att en övergång till att särskilja varor endast efter deras egenskaper kommer i konflikt med både vår interna lagstiftning och våra konventionsförpliktelser. Det förstnämnda sammanhänger med att omläggningen av varuidentifikationssystemet i praktiken skulle innebära att varorna inte heller kan märkas med tillverkarnas firmor eller andra näringskännetecken. Dessa skulle nämligen då mer eller mindre automatiskt komma att fylla en varukänneteckensfunktion vid sidan av näringskänneteckensfunktionen.[53] Ändringen skulle därför i praktiken utesluta att konsu-

52. Se också KO:s avskrivningsbeslut i MD 1976: 11 (= NIR 1976 s 407), Kevi, MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243), Fiskars, MD 1977: 28, Cancium och KO dnr 632/75, KO:s tidskrift 1976: 3 s 10. KO:s inställning tycks emellertid vara något ambivalent. I KO dnr 446/72, omtalat i Ett fall för KO s 173, uttalas således:
"Varumärkena torde av genomsnittskonsumenten uppfattas som upplysning om respektive tvättmaskins kommersiella ursprung. Uppfattad så är upplysningen väsentlig för konsumenten, eftersom han därigenom får kännedom om till vilket företag han i första hand kan vända sig, då maskinen inte fungerar tillfredsställande."
Det bör dock påpekas att det köprättsliga felansvaret ligger hos den som sålt varan och inte hos den som märkt varan med sitt kännetecken, vilket ovanstående uttalande kan ge intryck av.

53. I NJA 1977 s 415 (= NIR 1972 s 230), QUINNY, ansågs bl a användningen av näringskännetecknet QUINNS CORNER på etiketter avsedda att klistras på de kläder som innehavaren av kännetecknet sålde utgöra varumärkesanvändning.

menterna får någon information om varornas faktiska ursprung. Därmed står ändringen också i direkt strid med de märkningsföreskrifter som, främst i konsumenternas intresse, finns bl a i livsmedelslagen och lagen om hälso- och miljöfarliga varor.

Ändringen skulle också strida mot ParisK. Visserligen innehåller inte denna någon definition av begreppet varumärke.[54] Trots detta är det dock uppenbart att kännetecken som endast särskiljer varor efter deras faktiska egenskaper inte faller in under begreppet varumärke. En övergång till ett varuidentifikationssystem av här diskuterat slag skulle alltså innebära att vår lagstiftning inte längre skulle uppfylla de krav ParisK uppställer och vi skulle därför tvingas lämna Parisunionen.

En omläggning till att kännetecknа varor endast efter deras egenskaper skulle också innebära att konsumenterna går miste om viss information som de nu har möjlighet att få. En näringsidkare skulle då sakna möjlighet att genom att märka en vara med sitt kännetecken få denna att framstå som "hans" och därmed för konsumenterna markera att han med sin goodwill tar ansvaret för den. Som nämnts skulle konsumenterna inte heller kunna få någon information om vem som faktiskt tillverkat varan ifråga. Tvärtemot den grunduppfattning som ligger bakom det diskuterade ändringsförslaget är emellertid det kommersiella ursprunget inte ointressant för konsumenterna. Utan vetskap härom kan konsumenternas preferenser inte direkt påverka utbudet på marknaden. Om en konsument är missnöjd med en produkt finns ju då ingen mekanism som kan kanalisera missnöjet till den för produkten ansvarige. Varumärkes -och firmalagstiftningen torde också ytterst vila på den principiella inställningen att konsumenterna har ett befogat intresse av att få information både om varornas kommersiella och faktiska ursprung.[55]

Särskilt stort intresse har det kommersiella ursprunget i de fall då ansvaret för en varas eventuella skadebringande egenskaper ligger hos den under vars märke varan säljs. En sådan regel gäller

54. Se ovan s 19 f.
55. Bernitz, Marknadsföringslagen och kännetecknsskyddet, NIR 1975 s 202. Se också SOU 1978: 9 s 143.

numera enligt praxis i amerikansk rätt.[56] Här i Sverige har produktansvarskommittén lagt fram ett förslag till produktansvarslag, vars 3 § innehåller en sådan regel.[57] Ett liknande förslag har också utarbetats inom EG.

Vad nu sagts antyder att en ändring av varuidentifikationssystemet även får samhällsekonomiska verkningar.[58] Den svenska marknadsrättslagstiftningen bygger på grundtanken att en blandekonomi såsom den nuvarande svenska har de största förutsättningarna att tillfredsställa konsumenternas behov.[59] En förutsättning för att en sådan ekonomi skall kunna fungera effektivt är att de olika näringsidkarnas varor och konkurrensåtgärder kan identifieras, vilket sker med hjälp av varu- och näringskännetecken.[60] Om någon sådan identifieringsmöjlighet inte fanns skulle nämligen en näringsidkare inte vidta några konkurrensåtgärder, eftersom han då inte eller åtminstone inte ensam skulle få njuta frukterna av åtgärden.[61] Varumärkeslagstiftningen i Sverige grundas också på tanken att varumärket har en konkurrenstimulerande funktion. Varumärkesutredningen uttalade härom:[62]

"Genom att märket på detta sätt kan vägleda köparen till det inköp han ur sina synpunkter med hänsyn till behov, önskemål, pris och kvalitet anser mest förmånligt, har varumärket förmåga att stimulera en verksam konkurrens mellan olika företagare. Varumärket är till följd härav den kanske mest betydelsefulla av de olika faktorer som kunna främja konkurrensen enskilda företagare emellan."

Visserligen vore det fel att påstå att det diskuterade alternativa varuidentifikationssystemet helt saknar konkurrensstimulerande

56. Se härom särskilt Goldstein, Products Liability and the Trademark Owner: When a Trademark is a Warranty, 67 TMR s 587 ff (1977). Enligt amerikansk rätt kan t o m en licensgivare få ansvara för skadebringande egenskaper hos licenstagares varor d v s för varor han varken tillverkat eller sålt. Denna regel måste dock ses mot bakgrund av den kontroll en amerikansk licensgivare måste ha av licenstagarens varor.
57. SOU 1979: 79.
58. Varumärkenas samhällsekonomiska verkningar behandlas utförligare nedan på s 107 ff.
59. SOU 1978: 9 s 57 ff.
60. A a s 143.
61. Se också ovan s 40 f och nedan s 117 ff.
62. SOU 1958: 10 s 48. Se också SOU 1978: 9 s 143.

verkan. Näringsidkarna stimuleras nämligen till att tillverka varor som har så bra egenskaper att de får kännetecknas av en symbol som borgar för god kvalitet. Något incitament att vidta andra produktändringar än sådana som innebär att varusymbolen får ändras finns dock inte. Det kan således förväntas att de olika varornas egenskaper kommer att bli sådana att produkterna precis uppfyller de normer som uppställs för att en viss symbol skall få användas. Med det alternativa varuidentifikationssystemet finns det oftast inte heller något incitament att vidta andra konkurrensåtgärder än sådana som sammanhänger med produkternas egenskaper, eftersom dessa åtgärder inte påverkar varusymbolen.

Mot bakgrund av det sagda kan påstås att ett varuidentifikationssystem som omöjliggör identifiering av varornas kommersiella ursprung disharmonierar med en ekonomi av sådan typ som den svenska. En ändring av vårt ekonomiska system är därför närmast en förutsättning för att införa det alternativa varuidentifikationssystemet. Eftersom konsumentvarumarknaden har en relativt internationell karaktär och varumärken används i alla eller så gott som alla stater oavsett ekonomiskt system, torde dock en omläggning medföra stora svårigheter även om det ekonomiska systemet ändrades.

En övergång till det alternativa varuidentifikationssystemet skulle också medföra synnerligen stora svårigheter av mer praktisk art. Uppenbarligen skulle det bli nödvändigt att uppställa normer för vilka symboler alla olika typer av produkter som förekommer på marknaden skulle kännetecknas av, ett gigantiskt arbete. Normerna skulle naturligtvis också behöva kompletteras kontinuerligt vartefter nya produkttyper introduceras. Vid utarbetandet av dessa normer skulle först behöva avgöras huruvida rent tekniska likheter mellan varorna ensamt skulle vara avgörande för vilken symbol som skulle få användas eller om hänsyn också skulle tas till andra omständigheter. Om det första alternativet skulle väljas skulle med största sannolikhet i ett stort antal fall en diskrepans uppkomma mellan den enskilde konsumentens bedömning av produkterna och den bedömning som görs enligt märkningsreglerna. Orsakerna härtill är två. För det första måste av praktiska skäl med nödvändighet de regler som bestämmer när en viss symbol får användas vara ganska vida. Detta skulle medföra att varor med relativt olika

egenskaper skulle kunna komma att kännetecknas av samma symbol. För det andra skulle sannolikt många konsumenter p g a de stora individuella variationerna komma att värdera varorna på ett sätt som skiljer sig från det som ligger till grund för märkningsreglerna. Resultatet skulle därför kunna bli att många konsumenter skulle känna sig lurade av de åsatta symbolerna och att därför tilltron till dessa skulle bli låg. Detta skulle i sin tur leda till att symbolerna inte förmår att minska konsumenternas sökkostnader. Det andra alternativet, att beakta även andra likheter än rent tekniska, torde vara uteslutet redan p g a att alltför många variabler måste beaktas vilket skulle göra de praktiska problemen oöverstigliga. Oavsett vilket av alternativen som skulle komma ifråga torde kostnaderna för att administrera märkningen bli mycket stora.

Slutsatsen av ovanstående diskussion blir att även om användningen av varumärken kan vilseleda konsumenterna på så sätt att de tror att skillnader föreligger mellan varor som i verkligheten är identiska så skulle det enda remediet, att kännetecknа varor endast efter deras egenskaper, medföra än större nackdelar för konsumenterna.

De nackdelar som är förknippade med att *ersätta* varumärkessystemet med ett system som endast kännetecknar varorna efter deras egenskaper uppkommer emellertid inte om varumärkena endast *kompletteras* med ett sådant system. Som exempel på ett dylikt kan nämnas VDN-märkningen. Detta system påverkar inte varumärkets särskiljnings- och konkurrensfrämjande funktioner, utan ger endast kompletterande produktinformation, information som kan motverka uppkomsten av felaktiga associationer från ett varumärke.

Det är dock inte att förvänta sig att system av VDN-märkningens typ skall kunna motverka alla felaktiga associationer. Därtill är dylika system alldeles för onyanserade, eftersom de inte kan ta hänsyn till alla egenskapsskillnader. De kan dock bidra till att motverka större feluppfattningar angående varornas egenskaper. Ett system uppbyggt på samma grundprincip som VDN-systemet kan alltså i viss mån motverka varumärkenas nackdel att kunna ge upphov till vissa felaktiga uppfattningar om varornas egenskaper. Hur ett sådant system närmare skall vara uppbyggt ligger dock utanför ramen för detta arbete att undersöka.

Felaktiga associationer om de kännetecknade varornas egenskaper kan också i någon mån motverkas av jämförande reklam, vars effekter ju principiellt har vissa likheter med VDN-märkningens. Med hjälp av jämförande reklam kan en näringsidkare visa vilka faktiska skillnader som råder mellan hans produkter och konkurrenternas. Eftersom jämförelserna oftast omfattar relativt få varor kan de bli mer omfattande än vid ett system av VDN-typ. Nackdelen med jämförande reklam i jämförelse med varudeklarationer är att de normalt inte omfattar hela utbudet av en viss produkttyp.

Det kan alltså konstateras att det är ett konsumentintresse att varumärkeslagstiftningen inte lägger hinder i vägen för möjligheten att använda jämförande reklam.[63] Den centrala frågan här är naturligtvis i vilken omfattning annans varumärke i identifikationssyfte får omnämnas i sådan reklam. Detta kommer därför att analyseras nedan.[64]

2.4.3.1.2 Särskilt om märkesdifferentiering

Ett specialfall av den fråga som här diskuteras är märkesdifferentiering. Med denna term förstås i allmänhet det förhållandet att en näringsidkare eller koncern marknadsför identiska eller nästan identiska produkter under olika märken.[65] Någon allmänt accepterad definition torde beteckningen dock ännu inte ha fått.[66] Ovanstående definition kan också ge upphov till en del tolkningsproblem. Med hjälp av några exempel skall därför ett försök till precisering göras.

Ex 1. En näringsidkare som ej själv tillverkar några produkter säljer identiska varor under olika varumärken som han inte själv är innehavare av och som han inte heller själv märkt varorna med.

---

63. Opinion of the Consumer Working Party on the draft regulation of the Commission of the European Communities on the Community trade mark s 12.
64. Se nedan s 343 f.
65. Bernitz-Pehrson, a a s 190.
66. Se Märkesdifferentiering — ett konsumentproblem s 7 där två olika definitioner anges, se ovan s 83 not 48. Se också NO, Märkesdifferentiering inom dagligvaruområdet, PKF 1975: 9 s 41, Dines-Larsen, a a s 2 ff, dens, Mærkedifferentiering — Brug og misbrug, i Forbrugerforskning i Danmark s 266 och MD 1977: 22 (= NIR 1978 s 137), Alcro.

Det kan t ex vara fråga om en dagligvarubutik som säljer identiska tvättmedel under varumärkena A och B vilka innehas av respektive tvättmedelstillverkare. Denna situation brukar normalt inte falla under begreppet märkesdifferentiering. Det är innehavarna av respektive varumärke som är de som huvudsakligen marknadsför produkterna. Dagligvaruhandlaren varken tillverkar eller märker varorna utan säljer dem enbart vidare. För övrigt torde denne normalt inte ens veta om de olika varorna är identiska eller ej.

Ex 2. En distributör köper upp omärkta varor från en tillverkare och säljer dessa vidare under flera olika egna märken. I detta fall föreligger uppenbart märkesdifferentiering.

Särskilt vid legotillverkning kan i många situationer tvekan uppstå huruvida märkesdifferentiering enligt ovannämnda definition föreligger eller inte vilket framgår av följande exempel.

Ex 3. En legotillverkare fabricerar identiska varor till flera olika beställare. Dessa erhåller produkterna omärkta och märker dem senare själva med sina respektive varumärken. I detta fall föreligger inte märkesdifferentiering, eftersom ingen näringsidkare använder mer än ett märke.

Ex 4. Samma som ex 3, men i detta fall är det legotillverkaren som på beställarens uppdrag märker varorna med de senares märken. I och för sig kan man hävda att tillverkaren i detta fall inte marknadsför produkten utan att detta sker av de olika märkesinnehavarna och att det därför inte skulle vara fråga om märkesdifferentiering. Mot detta talar dock att samma näringsidkare både tillverkar varorna och märker dem med olika märken, låt vara att dessa inte är hans egna. I den sparsamma litteraturen om märkesdifferentiering har också den ifrågavarande situationen räknats som märkesdifferentiering[67] och så görs även här.

Ex 5. Ett företag tillverkar varor som säljs dels under företagets eget märke, dels omärkt till ett annat företag som därefter märker varan med sitt eget märke. Liksom i exempel 3 använder i detta fall varje näringsidkare endast ett märke. Märkesdifferentiering skulle därför inte föreligga. Som framgått av diskussionen angående de märkeslösa varorna kan emellertid också märkeslös-

67. Bernitz-Pehrson, a a s 193 där detta indirekt framgår, Märkesdifferentiering — ett konsumentproblem s 7, NO, a a s 42, 44.

het, så länge som den är så sällsynt som nu är fallet, framstå som ett slags varumärke.[68] Det är därför mest konsekvent att detta fall anses som märkesdifferentiering.

Ex 6. Samma som ex 5, men tillverkaren märker beställarens varor med dennes märke. Eftersom redan den situation som angavs i exempel 5 ansågs som märkesdifferentiering måste också detta fall räknas som sådan. Den situation som anges i exemplet har också av andra ansetts som märkesdifferentiering.[69]

Till slut kan påpekas att marknadsföring av identiska tjänster under olika märken också anses innebära märkesdifferentiering.[70] Av olika skäl är dock märkesdifferentiering på tjänsteområdet inte så vanlig.[71].

Med stöd av dessa sex exempel kan följande tabell uppställas:

	Företagna åtgärder				
	tillverkning	märkning eget märke	märkning annans märke	försäljning	märkes-differentiering föreligger?
Ex 1	nej	nej	nej	ja	nej
Ex 2	nej	ja, flera	nej	ja	ja
Ex 3	ja	nej	nej	ja	nej
Ex 4	ja	nej	ja, flera	ja	ja
Ex 5	ja	ja, ett + omärkt	nej	ja	ja
Ex 6	ja	ja, ett	ja, ett	ja	ja

Av uppställningen framgår att för att märkesdifferentiering enligt gängse terminologi skall föreligga krävs att en näringsidkare eller

68. Se ovan s 51.
69. Bernitz-Pehrson, a a s 193, NO, a a s 42.
70. Bernitz-Pehrson, a a s 206, not 1.
71. A s.

koncern antingen (1) säljer identiska eller nästan identiska varor eller tjänster som han själv eller någon annan inom samma koncern märkt under två eller flera märken eller (2) säljer identiska eller nästan identiska varor eller tjänster såväl märkta av någon enhet ingående i koncernen som helt omärkta. Däremot har det ingen avgörande betydelse om den näringsidkare som märker varorna är innehavare av de märken som åsätts varorna eller ej.

Denna definition avviker från de som givits av NO[72] och marknadsdomstolen.[73] I båda dessa definitioner anges att det skall vara fråga om produkter som är *tillverkade* av samma företag eller koncern. Detta skulle innebära att den situation som ovan angivits i ex 2 inte skulle falla under begreppet märkesdifferentiering. Det är emellertid svårt att se varför den faktiska tillverkningen i detta sammanhang skulle ha så stor betydelse.

Det finns ett flertal olika anledningar till varför ett företag kan vilja märkesdifferentiera. De vanligaste torde vara följande (exemplifieringen gör ej anspråk på att vara fullständig):[74]

1. Märkesdifferentiering kan uppkomma som en följd av att ett företag efter fusion eller annan sammanslagning vill kunna utnyttja konsumenternas preferenser för samtliga företagets märken. I denna och andra situationer, där märkesdifferentiering ökar eller upprätthåller en stor efterfrågan, kan positiva skaleffekter uppkomma, något som kan vara till fördel även för konsumenterna.
2. Märkesdifferentiering i tillverkningsledet kan grundas på att de olika köparna, distributörerna, vill sälja sina varor under olika märken; detta för att bättre kunna profilera sig, undvika priskonkurrens eller för att deras reklam bara skall ha efterfrågehöjande effekt på de egna produkterna.[75] Särskilt vanlig är märkesdifferentiering när en tillverkare tillfälligtvis har ledig kapacitet och därför legotillverkar för en konkurrent.[76] Det torde dock i båda dessa fall vara minst lika vanligt att köparna erhåller sina varor omärkta och sedan själva märker dem med sitt eget märke. Detta får för

72. NO, a a s 41.
73. MD 1977: 22 (= NIR 1978 s 137), Alcro. Påståendet gäller både majoriteten och minoriteten.
74. Se Dines-Larsen, Mærkedifferentiering — brug og misbrug, i Forbrugerforskning i Danmark s 273 ff, Eriksson, a a s 70 ff.
75. Phelps-Westing, a a s 151.

konsumenterna exakt samma verkningar, men någon märkesdifferentiering i här avsedd mening föreligger då ej.

3. Märkesdifferentiering kan användas för att differentiera en varas image, vilket kan underlätta eller t o m vara en förutsättning för att man med en och samma produkt skall kunna nå olika konsumentgrupper med skilda preferenser och kunna konkurrera på olika marknader.[77] I Alcromålet[78] hävdade Alfort & Cronholm att användningen av ett speciellt märke på båtfärgsmarknaden var en förutsättning för att kunna konkurrera på denna marknad.[79] Om köparna tror att de olika märkena kännetecknar varor med skilda egenskaper uppkommer också en möjlighet att prisdifferentiera.[80]

4. Stora företag, särskilt sådana som är organiserade på skilda divisioner, kan använda märkesdifferentiering som medel för att främja internkonkurrensen. Som exempel kan nämnas Outboard Marine Co som tillverkar de båda utombordsmotorerna Evinrude och Johnson. Dylik internkonkurrens torde särskilt vara vanlig där företag som ingår i samma koncern arbetar självständigt, ehuru det finns ett bakomliggande gemensamt ägarintresse.[81]

5. Ett betydelsefullt skäl till att företag utnyttjar märkesdifferentiering kan vara att en produkt som säljs under flera olika märken ofta får större exponeringsyta i affärer m m än en produkt som bara säljs under ett märke.[82] Det torde vara vanligt att detaljister bereder varje märke ungefär samma utrymme oberoende av om de härrör från samma leverantör eller ej.

6. Ju fler märken ett företag har för en viss produkt desto större

---

76. Det svenska livsmedelsverket kan vid legotillverkning av livsmedel medge undantag från bestämmelsen i livsmedelslagen om skyldighet för tillverkare att märka av honom tillverkat livsmedel med sitt namn eller firma (13 §, 1 st, 6 p livsmedelslagen), då särskilda konkurrensskäl motiverar det, se Statens livsmedelsverks cirkulär den 6 april 1973. Undantaget synes dock ha en begränsad tillämplighet, se kammarrättens dom 1 april 1974, mål 3942/73, ang varor som Semper AB låtit tillverka hos Felix.
77. Dines-Larsen, Märkesdifferentiering s 14, Kotler, a a s 195.
78. MD 1977 nr 22 (= NIR 1978 s 137).
79. Enligt Alfort & Cronholm var emellertid inte syftet med dess märkesdifferentiering att uppnå den här nämnda effekten utan märkesdifferentieringen hade i detta fall enligt företaget uppkommit av en slump.
80. Eriksson, a a s 81 ff.
81. Dines-Larsen, a a s 15, Kotler, a s.
82. Kotler, a s.

är chansen, rent statistiskt, att en konsument utan märkespreferenser väljer ett av företagets märken.[83] Det är m a o skillnad på att ha ett märke av fem eller fem märken av nio. När det är fråga om produkter där konsumenterna relativt ofta skiftar preferenser innebär innehavet av flera märken också, att det finns en chans att konsumenten även efter ett märkesbyte köper från samma tillverkare. Det är inte minst på marknader, där många producenter resonerar på detta sätt, som märkesrikedomen blir överflödande.

7. Till sist skall också nämnas att förekomsten av ett flertal märken kan försvåra en konkurrents marknadsinträde.

Ovanstående exemplifiering visar att märkesdifferentiering kan motiveras av ett stort antal skilda orsaker både av mikro- och makrokaraktär. Märkesdifferentiering förekommer också i relativt stor utsträckning i praktiken.[84] Den rättsliga synen på märkesdifferentieringen får därför stora ekonomiska konsekvenser.

Märkesdifferentiering kan från konsumentsynpunkt medföra samma nackdelar som användningen av olika märken på identiska produkter generellt kan göra.[85] Till detta kommer att märkesdifferentiering på ett särskilt iögonenfallande sätt medför att den bild av varuutbudet som märkena ger blir mer omfattande och komplicerad än vad som i verkligheten är fallet. Av dessa nackdelar synes det vara den omständigheten att märkesdifferentiering skapar förutsättningarna att prisdifferentiera mellan olika konsumenter som anses särskilt stötande.[86]

---

83. A. s.
84. Statens pris- och kartellnämnd har uppmärksammat märkesdifferentiering i en del branschundersökningar. Se PKF 1968: 9 s 22 ff (elektriska hushållsmaskiner), PKF 1969: 5—6 s 35 ff (tvättmedel) och 1973: 6 s 27 ff (radio och TV). Se även NO i PKF 1975: 9 s 41 ff, Råd och rön 1973: 3 s 18 ff (cyklar), 22 f (radio och TV), Märkesdifferentiering — ett konsumentproblem, Konsumentverkets rapport 1974: 9 s 7 ff, Dines-Larsen, a a s 58 ff, desamma, Mærkedifferentiering — brug og misbrug, i Forbrugerforskning i Danmark s 271 ff.
85. Se ovan s 83 f. Se också NO, a a s 44 f, Jonsson, a a s 40 f, 107, 109.
86. På sätt och vis är detta något förvånande. Det uppfattas ju exempelvis inte stötande att pensionärer brukar få rabatter. Detta beror ju uppenbarligen på att dessa allmänt antas utgöra en särskilt kapitalsvag grupp. När märkesdifferentiering används för att kunna prisdifferentiera brukar vanligen ett av de två märkena ges en särskild kvalitetsimage. De personer som betalar ett högre pris för dessa produkter torde normalt vara mer kapitalstarka än de som köper den billigare varan. Prisdifferentieringen kommer således i båda dessa fall att i första hand träffa den mer kapitalstarka gruppen.

Vissa fall av märkesdifferentiering kan emellertid sedda i sin helhet även medföra fördelar från konsumentsynpunkt.[87] Som exempel kan nämnas att möjligheten att utnyttja inarbetade märkespreferenser kan vara en av förutsättningarna för genomförandet av en från samhällsekonomisk synpunkt önskvärd företagssammanslagning, och att märkesdifferentiering kan vara en förutsättning för att genom legotillverkning erhålla ett högt kapacitetsutnyttjande. Att genom märkesdifferentiering ge en vara ännu en profil kan också vara ett billigt sätt att öka konkurrensen på en marknad. Huruvida märkesdifferentiering totalt sett är fördelaktig för samhället som helhet i situationer som dessa kan emellertid inte besvaras generellt, utan måste avgöras mot bakgrund av omständigheterna i varje särskilt fall.

Det är lätt att fastställa att de argument som ovan anförts[88] mot förslaget att generellt förbjuda användningen av olika märken på identiska varor oavsett deras faktiska eller kommersiella ursprung, inte har någon bärkraft såvitt gäller ingrepp mot märkesdifferentiering. Sådana ingrepp skulle ju uppenbarligen inte innebära att varumärkets identifikations- och konkurrensfrämjande funktioner motverkas, eftersom varje näringsidkare ändå har möjlighet att individualisera sina varor. De praktiska problemen i samband med uppställandet av egenskapsnormerna bortfaller ju också.

Att ingripa mot vissa för konsumenterna ofördelaktiga fall av märkesdifferentiering strider inte heller mot Sveriges konventionsförpliktelser.[89] Det framgår vid ett studium av de bestämmelser som då närmast skulle vara aktuella, nämligen art 6 quinquies, art 7 och art 10 bis ParisK.[90]

I den ovan[91] redan citerade art 6 quinquies stadgas bl a förbud att registrera märken som är ägnade att vilseleda allmänheten. Med

87. NO, a a s 44 f. Jfr Märkesdifferentiering — ett konsumentproblem s 14 ff. Det kan här också nämnas att KO i Alcromålet, MD 1977 nr 22 (= NIR 1978 s 137), inte heller gjorde gällande att märkesdifferentiering generellt borde förbjudas.
88. Se ovan s 86 ff.
89. Denna fråga aktualiserades under Alcro-målets behandling. Det bör här också påpekas att ParisK:s bestämmelser om varumärken givetvis bara får betydelse för sådana märken som enligt konventionen är att betrakta som varumärken, däremot inte för immaterialrättsligt oskyddade märken.
90. Framställningen nedan bygger på Bernitz-Pehrson, a a s 196 ff.
91. Se ovan s 54.

sådana märken avses emellertid främst märken som i sig ger en felaktig uppfattning av den kännetecknade varans egenskaper m m.[92]

Intressantare är då art 7. Där stadgas att beskaffenheten av den vara på vilken ett fabriks- eller handelsmärke är avsett att anbringas icke må i något fall utgöra hinder för registrering av märket. Stadgandets syfte är väsentligen att möjliggöra registrering även av sådana varumärken som kännetecknar varor som ej får säljas i det land där registrering söks, t ex en farmaceutisk produkt som ej är godkänd för försäljning.[93]

Problematiken vid olika former av märkesdifferentiering har, såvitt framgår av konventionsförarbetena och litteraturen, inte uppmärksammats vid tillkomsten av ParisK:s nu berörda regler. Konventionen bygger emellertid otvivelaktigt på tanken, att en näringsidkare har rätt att registrera varumärke när inte något särskilt registreringshinder föreligger och att han likaledes har rätt att registrera flera varumärken för samma vara. Det står också klart att konventionen förutsätter att en näringsidkare normalt skall få använda sina registrerade märken; i annat fall vore ju konventionsreglerna om rätt till registrering utan reellt innehåll. Det ställer sig dock svårt att utifrån det nu sagda dra mera precisa slutsatser om bedömningen av fall av varumärkesdifferentiering. Art 7 kan dock, ehuru med en kanske något extensiv tolkning, läggas till grund för uppfattningen att ParisK ger rätt till registrering av ett nytt varumärke även för en vara som redan säljs under ett annat märke. Ett till varan anknutet faktum, nämligen att varan redan säljs under annat varumärke, skulle ju i annat fall åberopas som registreringshinder. Med bestämdhet kan dock knappast mer sägas än att ParisK:s regler sätter gränser för rörelsefriheten i den mån man i svensk lagstiftning eller rättstillämpning skulle överväga att införa regler som mer generellt begränsar näringsidkares möjligheter att begagna flera varumärken för samma eller liknande varor.

Emellertid måste också de regler i ParisK:s art 10 bis som riktar sig mot illojal konkurrens beaktas.[94] Artikeln är en generalklausul,

92. Bodenhausen, a a s 116, Ladas, a a s 1236 f.
93. Bodenhausen, a a s 128, Ladas, a a s 1247 ff.
94. Härom bl a Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s 31 ff, Ladas, a a s 1675 ff.

som också tar sikte på konsumentskydd. Enligt denna utgör varje konkurrenshandling, som strider mot god affärssed, en handling av illojal konkurrens. Särskilt skall förbjudas

"... angivelser eller påståenden, vilkas användning i affärsverksamhet är ägnad att vilseleda allmänheten rörande varors beskaffenhet, framställningssätt, egenskaper, användbarhet eller myckenhet".

Art 10 bis bör sammanställas med sista punkten i den förut behandlade art 6 quinquies B ang undantag från registreringsskyldighet enligt telle quelle-regeln, vari sägs: "Dessa bestämmelser gäller dock med förbehåll för artikel 10 bis." Härom uttalar Bodenhausen:[95]

"The sentence enables member States to refuse or invalidate the registration of a trademark if, for reasons other than those already mentioned in the Article — for example, infringement of the rights of third parties or deceptive character of the mark — its registration would constitute an act of unfair competition."

Sammanfattningsvis kan sägas att det bl a med hänsyn till hänvisningen i art 6 quinquies står utom tvivel att ParisK:s generalklausul i art 10 bis också innefattar vilseledande kännetecknensanvändning. Ingripanden mot vilseledande märkesdifferentiering står sålunda i full överensstämmelse med ParisK.

Det kan således konstateras att det ibland kan vara svårt att avgöra huruvida en viss märkesdifferentiering totalt sett innebär fördelar för konsumenterna eller ej. Detta beror på att en märkesdifferentiering som innebär nackdelar på mikroplanet, t ex inköp av ett dyrare märke trots noggrant produktval, kan innebära fördelar på makroplanet, t ex en för konsumenterna fördelaktigare marknadsbild som medför lägre priser. Det är emellertid självklart ett konsumentintresse att lagstiftningen ger domstolarna möjlighet att ingripa mot sådan märkesdifferentiering som totalt sett innebär nackdelar för konsumenterna. Pariskonventionen innehåller inte heller några bestämmelser som hindrar detta. Nedan skall där-

95. Bodenhausen, a a s 117.

för undersökas i vilken mån ingrepp kan ske mot märkesdifferentiering.[95a]

2.4.3.2 Antagandet att varumärket står som garant för vissa egenskaper eller viss kvalitet

Att konsumenterna antar att ett varumärke står som garant för vissa konstanta egenskaper eller åtminstone en viss minimikvalitet hos de kännetecknade varorna innebär givetvis inte några generella nackdelar för konsumenterna så länge varorna motsvarar förväntningarna. Tvärtom ger ju varumärkena då korrekt produktinformation vilket underlättar produktvalet.[96]

För konsumenterna negativa verkningar kan emellertid uppkomma så snart antagandet om oförändrade egenskaper eller oförändrad kvalitet inte överensstämmer med verkligheten, dvs då egenskaperna och/eller kvaliteten ändrats.[97] Hittills har lagstiftaren i Sverige ställt sig relativt kallsinnig till att tillmäta antaganden av denna typ någon relevans. Det är emellertid ett klart konsumentintresse att det finns möjlighet att kunna ingripa i dylika situationer. I och med MFL:s tillkomst har så också blivit fallet.

Som tidigare framförts[98] har antagligen den tidsperiod som passerat mellan två eller flera märkesobservationer stor betydelse för om och i så fall i vad mån konsumenterna antar att den ifrågavarande varan är oförändrad eller ej. Denna tidsperiod är givetvis individuell för varje enskild konsument. För att förhindra alla vilseledanden skulle därför all användning av det ursprungliga märket på en förändrad vara behöva förbjudas.

Ett sådant generellt förbud kan dock inte komma ifråga. Principiellt skulle då varumärkets funktion avsevärt påverkas. Enligt sin definition har ju varumärket endast till funktion att särskilja varor efter deras kommersiella ursprung, även om många märken,

---

95a. Se nedan s 405 ff, 451 ff.
96. SOU 1958: 10 s 48.
97. Opinion of the Consumer Working Party on the draft regulation of the Commission of the European Communities on the Community trade mark s 4 f, Working Group on Industrial Property Aspects of Consumer Protection, WIPO document CORP/II/2 1979 s 11 f.
98. Se ovan s 72 f.

särskilt "product marks", rent faktiskt också fyller en egenskapsangivande funktion. Ett generellt förbud att fortsätta att använda ett varumärke på en förändrad produkt skulle i praktiken innebära att för alla använda märken varornas egenskaper skulle inträda som en supplerande särskiljningsgrund. Denna skulle således bli en kombination av varans kommersiella ursprung och dess egenskaper.

Det diskuterade förbudet skulle få mycket djupgående verkningar, särskilt för märken som kännetecknar flera olika typer av produkter, t ex "house marks" och "family brands". Visserligen skulle förbudet inte direkt omöjliggöra användningen av sådana märken. Att t ex samtidigt börja marknadsföra tre olika typer av varor under samma märke skulle ju inte falla under förbudet. Däremot skulle det inte vara möjligt att börja marknadsföra en tredje produkt under samma märke som man tidigare använt för två andra produkter. Denna situation måste ju likställas med den att man ersätter de två ursprungliga produkterna med den tredje, eftersom effekterna för konsumenterna kan bli desamma. Exemplet visar att förbudet kan medföra att varornas egenskaper får större betydelse som skillnadsgrund än det kommersiella ursprunget. Man kan därför knappast längre beteckna kännetecken som varumärken.

Mot den generella förbudsregeln kan också flera vägande mer praktiska skäl anföras. För det första skulle förbudet komma att sträcka sig vida utöver vad som rimligen krävs för att förhindra de flesta vilseledanden. I de alldeles övervägande flertalet fall av produktändringar är antagligen vilseledandet så obetydligt och/eller antalet vilseledda så få att ett ingrepp av denna stora omfattning inte är motiverad.

För de konsumenter som inte vilseleds av den ifrågavarande varumärkesanvändningen kan förbudet tvärtom medföra nackdelar. De konsumenter som efterfrågar den aktuella produkten även efter förändringen av dess egenskaper skulle ju p g a märkesbytet få ökade svårigheter att identifiera den. För vissa konsumenter skulle därför förbudet kunna öka sökkostnaderna.

För det tredje är det troligt att förbudet skulle verka dämpande på produktutvecklingen. En företagares incitament att förändra sina produkter kan antas minska betydligt om resultatet av förändringen skulle bli, att han blev tvungen att överge sitt kanske

välkända varumärke. Även om användningen av det gamla märket bara skulle förbjudas vid försämringar kan denna effekt uppkomma, om än naturligtvis i betydligt mindre omfattning. Det finns ju alltid en möjlighet att konsumenterna uppfattar sådana ändringar som är avsedda att vara förbättringar som försämringar. Här kan naturligtvis invändas att det är varumärkesinnehavaren som bör stå risken i sådana fall, inte konsumenterna. Man kan dock ifrågasätta om inte konsumenterna, åtminstone på lång sikt, är mer betjänta av en reglering som inte lägger så många hinder i vägen för produktutvecklingen.

Det är emellertid uppenbart att det finns många produktförändringar som är av sådan karaktär att det framstår som ett starkt konsumentintresse att de förändrade produkterna inte marknadsförs på sådant sätt att konsumenterna inte har någon möjlighet att få vetskap om produktförändringen. Det lämpligaste ingreppet synes här vara att ålägga varumärkesinnehavaren att lämna konsumenterna information om produktändringen. Denna lösning påverkar inte varumärkets särskiljningsfunktion och befintlig lagstiftning, 3 § MFL, ger redan myndigheterna vissa möjligheter att ålägga näringsidkare informationsplikt.

En sådan informationsplikt kan från varumärkesinnehavarnas sida knappast mötas med några mer beaktansvärda invändningar, då det i de allra flesta fall ligger i deras eget intresse att informera konsumenterna om de vidtagna produktförändringarna. Plikten skulle därför bara träffa sådana försämringar som görs i hemlighet och vilka därigenom vanligen är särskilt försåtliga för konsumenterna.

2.4.3.3 Suggestiva märken

När det gäller vilseledande som grundas direkt på ett suggestivt märkes utformning kan en informationsplikt angående den kännetecknade varans egenskaper vara en alltför begränsad åtgärd för att effektivt kunna begränsa vilseledandet. Här kan knappast någon annan åtgärd än ett förbud att använda det vilseledande märket tänkas. Det är svårt att se varför direkt oriktig information skall behandlas på ett särskilt sätt enbart därför att den härrör från ett

varumärke. Möjligheter till dylika förbud finns också i befintlig lagstiftning.[99]

Naturligtvis ger inte alla, inte ens de flesta, suggestiva märken så distinkt information om de kännetecknade varornas egenskaper att konsumenterna kan vilseledas på ett så allvarligt sätt att det uppkommer ett konsumentintresse av att användningen av det ifrågavarande märket förbjuds. Det kan således normalt inte komma ifråga att förbjuda t ex användningen av en pil eller spets som varumärke på en vara som är ovanligt långsam för att vara av den aktuella typen. Därtill är de intryck dylika märken ger alltför diffusa. En pil eller spets säger ju inte direkt att den ifrågavarande produkten är snabb och elegant. Däremot kan märket ge upphov till vissa associationer till dessa egenskaper. Associationerna varierar dock i hög grad beroende på hos vilken person de uppkommer. Skulle associationerna i något enskilt fall vara mycket homogena kan det dock vara ett konsumentintresse att innehavaren åläggs att informera om att associationen är felaktig.

Situationen är annorlunda när det är fråga om märken som är så starkt suggestiva att de direkt anger eller antyder någon egenskap hos den kännetecknade varan. Konsumenternas uppfattningar blir ju då relativt homogena. Som exempel kan nämnas det tänkta märket FRUKTIS. Det är klart att FRUKTIS skulle kunna vara vilseledande om det användes för desserter som framställts enbart med hjälp av essenser. När det är fråga om så suggestiva märken kan därför knappast något annat ingrepp än ett förbud att använda märket tillfredsställa konsumentintresset. Om märket skulle användas för flera olika typer av varor, något som dock är ovanligt när det gäller starkt suggestiva märken, bör förbudet naturligtvis bara omfatta de varor för vilka märket är vilseledande.

2.4.4 Varumärkesinnehavaraspekter

Varumärkets egenskapsantydande effekt har mycket stor betydelse för varumärkesinnehavarna. Att konsumenterna vanligen utgår från att varor som är märkta med olika varumärken har skilda

99. Se nedan s 380 ff, 408 ff.

egenskaper medför att varumärkesinnehavarens varor kan komma att uppfattas som mindre substituerbara än annars skulle ha varit fallet. Inte sällan har detta särskilt stort intresse för distributörer som säljer samma varor som konkurrenterna och därför kan ha svårigheter att profilera sig på annat sätt.[100] Konsumenternas antagande medför i sin tur att varumärkesinnehavaren, åtminstone inom en viss intervall, blir mindre känslig för priskonkurrens.[101]

Antagandet medför vidare att det ofta är fördelaktigt för en näringsidkare som tillverkar flera olika varianter av samma varuslag att använda olika varumärken på de olika varianterna. Särskilt är detta fallet, om det råder en betydande kvalitetsskillnad mellan produkterna.[102] De olika märkena kommer då att understryka dessa skillnader.[103] Å andra sidan medför användningen av helt skilda varumärken att den senast tillkomna produktvarianten inte kan utnyttja den tidigares goodwill. Vilken av de båda märkesstrategierna, ett eller flera märken, som är fördelaktigast kan därför inte besvaras generellt, utan måste bedömas från fall till fall under hänsynstagande till ett flertal olika omständigheter.[104]

På marknader av oligopoltyp finns en tendens att övergå till andra konkurrensmedel än priset.[105] Anledningen är att en näringsidkare som sänker priset på sina produkter måste räkna med att hans konkurrenter tämligen omgående vidtar motsvarande prissänkning. Resultatet blir då att förhållandet mellan de olika näringsidkarnas priser kvarstår oförändrat, men att priserna ligger på en lägre och därmed för dem alla ofördelaktigare nivå.[106] Varan själv och varumärket har därför vuxit i betydelse som konkurrens-

---

100. Carlson-Kusoffsky, a a s 7 f, Sannesson, a a s 255.
101. Phelps-Westing, a a s 134 f och nedan s 108 ff.
102. Kotler, a a s 193, McCarthy, a a s 256, Phelps-Westing, a a s 152 f.
103. Motiven för märkesdifferentiering har redan redovisats, se ovan s 94 ff.
104. Kotler, a a s 193 f, McCarthy, a a s 256, Phelps-Westing, a a s 149 ff. I det sist anförda verket anges att förekomsten av följande omständigheter talar för användningen av ett "family mark": 1. Att varorna har likheter i användningsområde, 2. att samma motiv för köp gäller för varorna, 3. att varorna kan särskiljas som grupp, 4. att de har samma genomsnittskvalitet och 5. att denna och andra egenskaper är lätta att vidmakthålla.
105. Se ovan s 29 f och ex Kotler, a a s 249.
106. Teorin bakom detta brukar kallas "teorin om bruten efterfrågekurva". Denna lanserades ursprungligen av Chamberlin. För en sammanfattning se t ex Sannesson, a a s 132 ff.

medel. För en konkurrent tar det nämligen längre tid och är betydligt svårare att anpassa sig efter förändringar som rör dessa. De kan därför ge konkurrensfördelar under längre tidsperioder.

Att konsumenterna vanligen uppfattar varumärket som en garant för att den kännetecknade varan har konstanta eller förbättrade egenskaper är en förutsättning för uppkomsten av märkespreferenser. För en näringsidkare är naturligtvis starka preferenser för hans märke av mycket stor betydelse, eftersom han då kan kalkylera med en stabil minimiefterfrågan. När starka märkespreferenser finns behöver varumärkesinnehavaren ej heller lägga ner så mycket pengar på reklam, eftersom reklambudskapen kan göras kortare. För att märkespreferenser skall kunna vidmakthållas är det emellertid viktigt att varorna håller konstant eller förbättrad kvalitet, så att konsumenterna ej blir besvikna och därför ej får någon anledning att prova varor av andra märken. Det är också viktigt att varorna alltid finns när konsumenterna efterfrågar dem, så att konsumenterna inte på grund av varubrist börjar köpa andra varor.[107]

Genom innehav av distributörsmärken kan också distributörer bygga upp egna märkespreferenser.[108] Innehavet av ett sådant märke underlättar vidare för distributören att växla leverantör.[109] Oavsett vem som faktiskt tillverkat varorna kan de ju säljas under samma märke.

För varumärkesinnehavaren har suggestiva märken flera fördelar. För det första har ett suggestivt märke alltid en viss betydelse vilket gör märket lättare att komma ihåg.[110] För det andra anses ett suggestivt märke som väcker positiva associationer ha en efterfrågehöjande effekt. Om man vid marknadsföringen önskar betona skillnaderna mellan två produkter kan det vara lämpligt att använda två olika suggestiva märken, som väcker associationer i olika lämpliga riktningar. Det är dock klart att enbart en sådan åtgärd inte är tillräcklig för att betona skillnaderna, utan detta måste

107. McCarthy, a a s 252 f.
108. Sannesson, a a s 255.
109. Carlson-Kusoffsky, a a s 5 ff, Sannesson, a a s 257.
110. Bloch, Symbolic Branding: The Problem of Mistaken Identity with Design Marks, 59 TMR s 399 (1969). Se också Phelps-Westing, a a s 144 f.

också ske genom andra marknadsföringsåtgärder.

Varumärkets egenskapsantydande effekt har således mycket stor betydelse för varumärkesinnehavaren vilket bl a visar sig genom den stora möda som läggs ner på att skapa "fördelaktiga och säljande" varumärken. Det är dock missvisande att påstå att varumärkets egenskapsantydande effekt är viktigare för varumärkesinnehavaren än särskiljningsfunktionen. Denna är nämligen en förutsättning för att varumärket skall kunna ha någon egenskapsantydande effekt av här beskriven typ.

2.4.5 Sammanfattning

Även om varumärket enligt sin definition endast har till uppgift att särskilja varor efter deras kommersiella ursprung är det helt klart, att varumärkena av konsumenterna ofta också uppfattas som symboler för mer eller mindre bestämda egenskaper.

Såvitt gäller icke-suggestiva märken antar konsumenterna vanligen dels att alla varor som är märkta med olika kännetecken har olika egenskaper, dels att en vara som säljs under ett visst varumärke har en konstant eller förbättrad kvalitet. Suggestiva märken ger dessutom i sig upphov till mer eller mindre bestämda antaganden om de kännetecknade varornas egenskaper eller kvalitet.

Det är ett konsumentintresse att varumärken inte används på ett sådant sätt att konsumenterna bibringas oriktiga uppfattningar om de kännetecknade varornas egenskaper. Det är emellertid varken möjligt med hänsyn till Sveriges konventionsbindningar eller önskvärt från konsumentsynpunkt att ersätta varumärkena med ett kännetecknssystem där alla varor med identiska eller nästan identiska egenskaper alltid symboliseras av samma märke. Däremot är det ett konsumentintresse att sådan märkesdifferentiering som totalt sett medför nackdelar från konsumentsynpunkt motverkas. Rättsläget rörande märkesdifferentiering kommer därför närmare att analyseras.[111]

Vidare är det ett konsumentintresse att märkespreferenser inte utnyttjas på så sätt att varumärkesinnehavaren under sitt kända

111. Se nedan s 405 ff, 451 ff.

märke börjar marknadsföra produkter av sämre kvalitet än den märket av konsumenterna uppfattas stå för. I vad mån märkesinnehavaren i sådana fall kan tvingas informera konsumenterna om produktändringarna kommer därför att analyseras.[112]

Till sist är det också ett konsumentintresse att varumärken som i sig ger konsumenterna en viss uppfattning om den kännetecknade varans egenskaper inte används på ett vilseledande sätt. Därför kommer att undersökas om och i så fall vilka ingrepp som då kan vidtas.[113]

Principiellt uttryckt har analysen i detta avsnitt lett fram till att det är väsentligt att hålla fast vid att varumärkets huvuduppgift är att särskilja produkter efter deras kommersiella ursprung. Man får dock inte bortse ifrån att varumärket i verkligheten också i större eller mindre omfattning påverkar konsumenternas uppfattningar om de kännetecknade varornas egenskaper. Det är därför väsentligt att det är möjligt att ingripa mot sådan användning av ett varumärke som innebär att man utnyttjar varumärkets egenskapsantydande effekt på ett vilseledande sätt. Dessa ingrepp får dock inte vara av sådan art att varumärket inte längre kan fylla funktionen att särskilja olika varor efter deras kommersiella ursprung.

Avslutningsvis kan också konstateras att medan konsumenterna och varumärkesinnehavarna har ett överensstämmande intresse såvitt gäller de regler som sammanhänger med varumärkets särskiljningsfunktion har de här motstående intressen. Den intressegemenskap mellan konsumenterna och varumärkesinnehavarna som varumärkes- och firmautredningen betonade i sitt betänkande[114] gäller således inte hela varumärkesrättens område.

2.5 Samhällsekonomiska effekter

I det föregående har så gott som uteslutande varumärkets direkta funktioner för konsumenterna behandlats. Användningen av varumärken medför emellertid också flera olika samhällsekonomiska

112. Se nedan s 401 ff, 445 ff.
113. Se nedan s 380 ff, 408 ff.
114. SOU 1958: 10 s 48.

effekter och tendenser av vilka ett par går i helt motsatta riktningar. Avsikten med detta avsnitt är att behandla de viktigaste av dessa effekter och tendenser och att försöka göra en samlad bedömning av dem.

2.5.1 Konkurrensbegränsande effekt[1]

I avsnitt 2.4 har beskrivits hur varumärken på flera olika sätt kan ge upphov till föreställningar om de kännetecknade varornas egenskaper hos konsumenterna. Bland annat har påpekats att förekomsten av olika varumärken på varor av samma slag kan medföra att konsumenterna får uppfattningen att större skillnader råder mellan varorna än faktiskt är fallet.[2] Varorna kan med andra ord komma att uppfattas som mindre substituerbara än som varit fallet om konsumenterna varit fullständigt informerade. Graden av monopol på marknaden kan därmed sägas bli större än om varumärken inte skulle förekomma.[3] Under förutsättning att alla andra relevanta faktorer är konstanta leder detta på lång sikt till att priserna blir högre och utbudet mindre än vid perfekt konkurrens.[4]

---

1. Här kommer endast den konkurrensbegränsande effekt som direkt sammanhänger med varumärkets centrala funktioner att beröras. Däremot behandlas inte olika typer av konkurrensbegränsande avtal med anknytning till varumärken. Visserligen torde sådana avtal inte vara så ovanliga, men deras konkurrensbegränsande verkningar är inte en nödvändig följd av att varumärken används. Skulle så vara fallet är det ju tvärtom onödigt att ta med de konkurrensbegränsande bestämmelserna i något avtal. Även om användningen av varumärken är nödvändig för att kunna åstadkomma vissa konkurrensbegränsningar är dessa således inte nödvändigt förbundna med användningen av varumärken. Att lasta varumärkena för förekomsten av sådana avtal är därför både felaktigt och ologiskt.
2. Se ovan s 68 ff.
3. Klassisk är Chamberlins framställning i a a s 56 ff. Bland marknadsföringslitteraturen, se t ex Phelps-Westing, a a s 134 f. Se också förarbetena till KBL, SOU 1951: 27 s 522, SOU 1955: 45 s 124, och prop 1956: 148 s 16, 37 f, där man talar om "märkesvarumonopol" samt förslaget till ny konkurrensbegränsningslag, SOU 1978: 9 s 76. Frågan uppmärksammades också vid VmL:s remissbehandling, särskilt av kommerskollegium, se prop 1960: 167 s 32 f, och näringsfrihetsrådet, PKF 1958 s 645, sammanfattat i prop 1960: 167 s 31 f. Se också departementschefens uttalande i prop 1960: 167 s 35 ff, Bernitz, Är ett välkänt varumärke monopol?, Ekonomen 1964: 13 s 12 ff, dens, Industriellt rättsskydd och konkurrensbegränsning, NIR 1965 s 53 ff.
4. Se ex Lipsey-Steiner, Economics s 312, 344.

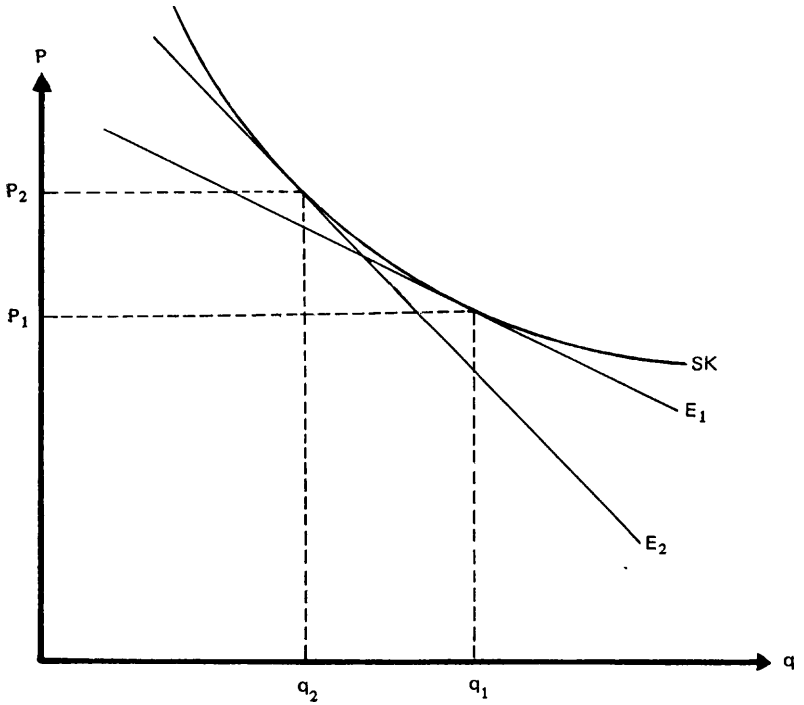


Fig 5

Uttyckt grafiskt (fig 5) innebär detta att varje företags efterfrågekurva blir brantare, den övergår t ex från E_1 till E_2, vilket medför att priset i det långsiktiga jämviktsläget stiger från p_1 till p_2 och att utbudet sjunker från q_1 till q_2.[5] Varken i det gamla eller i det nya jämviktsläget gör emellertid företaget någon vinst.

Eftersom en marknad ofta inte befinner sig i ett långsiktigt jämviktsläge är i praktiken även det kortsiktiga jämviktsläget intres-

5. Fig 5 visar det långsiktiga jämviktsläget för ett företag på en marknad med monopolistisk konkurrens. Den efterfrågeförändring som en övergång från E_1 till E_2 innebär är givetvis inte särskilt eftersträvansvärd. Ett företag önskar i stället att efterfrågan inte skall minska i någon prisintervall, dvs att den nya efterfrågekurvan skall ligga helt till höger om den gamla. En vridning sådan som den i figuren är dock inte osannolik för att beskriva den efterfrågeförändring som en av flera företag samtidigt påbörjad användning av varumärken kan medföra.

sant. Den ekonomiska teorin har emellertid här inte så mycket att ge. Det går nämligen inte att förutsäga hur en ändring av efterfrågan på ett visst företags produkter då kan komma att påverka pris och utbud. Båda kan stiga eller sjunka eller förbli oförändrade. Även andra kombinationer är möjliga. För att kunna göra några mer bestämda förutsägelser måste man känna till mer om efterfrågekurvans utseende.[6]

Användningen av varumärken kan också ge upphov till vissa oligopolistiska inslag. Att varor som är märkta med olika varumärken uppfattas ha olika egenskaper kan leda till att starka märkespreferenser uppkommer för de på marknaden existerande produkterna. Detta kan i sin tur medföra att nya företag hindras att inträda på marknaden, eftersom kostnaderna för att börja marknadsföra en ny produkt kan bli så stora att någon efterfrågan inte skulle finnas, om priset skulle täcka framställnings- och marknadsföringskostnaderna.[7] De företag som finns på marknaden kan därför komma att göra vinster under en längre tidsperiod. Ett sådant hinder mot nyetableringar förlänger således den tid under vilken en viss grad av monopol kan finnas på marknaden.[8]

Det bör här också nämnas att möjligheten att bland annat med hjälp av användningen av varumärken kunna påverka efterfrågekurvans utformning även medför att incitamentet att priskonkurrera minskar.[9] Som tidigare har framhållits[10] gäller detta i än högre grad om man dessutom måste räkna med att konkurrenterna då kommer att vidta motsvarande prissänkningar.

Sammanfattningsvis medför det sagda att användningen av varumärken regelmässigt bär med sig en viss konkurrensbegränsande tendens vilken är inbyggd i varumärkets egenskap av kännetecken.[11]

---

6. Lipsey-Steiner, a a s 338 f.
7. Detta uppmärksammades också vid tillkomsten av VmL, se kommerskollegiums remissvar på varumärkesutredningen, prop 1960: 167 s 33.
8. Se härom närmare Ferguson, Advertising and Competition; Theory Measurement, Fact s 17 f.
9. Se ex Lipsey-Steiner, a a s 313.
10. Se ovan s 29 f.
11. SOU 1978: 9 s 143 och särskilt starkt Chamberlin, a a s 56 ff, Papandreou, The Economic Effect of Trademarks, 44 Cal L R s 504 (1956). Jfr också Chamberlin, a a s 270 ff.

Varumärkets konkurrensbegränsande effekt var särskilt tidigare den av nationalekonomerna mest uppmärksammade. Under senare tid är det emellertid vissa andra tendenser som går i motsatt riktning och som här nedan kommer att behandlas som stått i förgrunden. Detta innebär dock inte att ekonomerna övergivit åsikten att användningen av varumärken har en viss konkurrensbegränsande effekt, utan endast att de anser att denna effekt inte är den enda varumärkesanvändningen medför.

Att märka är också att det inte bara beror på själva varumärkesanvändningen att konsumenterna kan komma att uppfatta varor som kännetecknas av olika varumärken som mer olika än vad som varit fallet om konsumenterna haft fullständig information. Vanligen torde det ha avsevärt större betydelse att näringsidkarna vid marknadsföringen av sina varor betonar olika egenskaper eller anger att de varor man själv säljer har särskilt fördelaktiga egenskaper. Det är dock knappast möjligt att generellt uttala sig närmare om proportionerna mellan dessa orsaker.

Av det sagda följer att en önskan att minska möjligheterna för företagarna att så att säga på artificiell väg skapa sig en skyddad ställning i första hand bör föranleda ingrepp mot reklamens utformning och omfattning, inte mot användningen av varumärken. Generellt gäller att om reklam uppfattas ha negativa effekter beror detta främst på reklamens egen utformning och användning, inte på att varumärken används. Om reklam däremot uppfattas ha positiva effekter bör detta tillgodoräknas varumärkena, eftersom reklam av kostnadsskäl inte är möjlig utan varumärken.

En intressant fråga i detta sammanhang är naturligtvis i vilken grad man med varumärken, reklam o dyl kan minska en varas substituerbarhet. Av särskild betydelse för frågans besvarande är naturligtvis om den ifrågavarande produktens egenskaper framgår direkt av dess utseende eller om de framträder först då varan används. Ju mindre möjligheten är att på grundval av varans utseende bedöma dess egenskaper, desto större betydelse torde reklam och varumärke ha för efterfrågekurvans utseende. Det är emellertid inte möjligt att generellt uttala sig om hur stark prishöjande ten-

dens som förekomsten av sådana märkespreferenser vilka inte är grundade på varans faktiska egenskaper har.[12]

Ett företags vinst behöver emellertid inte bli större bara för att man lyckas höja efterfrågan på företagets produkter. Efterfrågehöjande verksamhet är ju vanligen kostsam och det är ingalunda säkert att intäkterna ökar mer än kostnaderna.[13]

Det bör också observeras att det från ett företags synpunkt inte heller behöver vara fördelaktigare att dess varors substituerbarhet minskar. Detta innebär nämligen inte bara att företaget kan räkna med större märkestrohet utan också att det kan bli svårare att vinna nya kunder.

---

12. Se SOU 1978: 9 s 284 f. Jfr diskussionen i Bain, Industrial Organization, s 299 ff. Som kommer att behandlas i följande avsnitt har varumärken och reklam också en kostnadssänkande effekt. Det är därför inte säkert att användningen av varumärken och reklam överhuvud taget leder till högre kostnader för konsumenterna. Vissa undersökningar tyder också på att reklam kan leda till lägre konsumentpriser, se bl a Benham, The Effect of Advertising on the Price of Eyeglasses, The Journal of Law & Economics 1972 s 337 ff. Andra undersökningar tyder på att annonsvolymen inte heller på andra sätt minskar konkurrensen, t ex genom att medföra koncentrationstendenser, se bl a Telser, Advertising and Competition, JPE 1964 s 537 ff. Bl a Bain, a a s 248 ff och Mann-Henning-Meehan, Advertising and Concentration, Journal of Industrial Economics 1967 s 34 ff menar däremot att det finns ett positivt samband mellan reklam och koncentration. Telsers åsikt stöds av bl a Ekelund Jr-Gramm, Advertising and Concentration: Some New Evidence, XV Antitrust Bull s 243 ff (1970) och desamma, Advertising and Concentration: More on Tests of the Kaldor Hypothesis, XVI Antitrust Bull s 105 ff (1971). Ekelund Jr-Gramms förstnämnda artikel kritiseras hårt av Mann-Meehan Jr, Advertising and Concentration: New Data and Old Problem, XVI Antitrust Bull s 101 ff (1971). Liknande åsikt som Telsers har tidigare framförts av Stigler, The Economies of Scale, The Journal of Law & Economics 1958 s 63 ff, 71. Dessa undersökningar motsäger dock inte att varumärken och annonsering har en viss prishöjande effekt, utan endast att denna inte är större än den prissänkande effekten.

    Här kan också nämnas att Porter i artikeln Interbrand Choice, Media Mix and Market Performance, The American Economic Review 1976 s 398 ff hävdar att det inte är annonsernas direkta effekt på konsumenterna som är upphovet till att en annonsör kan få en stark marknadsställning, utan i stället att utbudet av annonser har en sådan struktur att vissa företag gynnas framför andra. Stora företag gynnas t ex av förekomsten av rikstäckande tidningar. Porter undersöker också vilken media mix som ger största makt över marknaden och finner därvid att makten främst beror på hur stora kostnader som nedläggs på annonsering i stora TV-kanaler och tidskrifter medan annonsering i andra media har mindre betydelse. Eftersom TV-reklam inte är tillåten i Sverige har dock detta resultat mindre intresse för vår del.
13. Se härom bl a Nelson, Advertising as Information, JPE 1974 s 729 ff och Stigler, The Economics of Information, JPE 1961 s 220 ff.

2.5.2 Kostnadssänkande effekt

Som tidigare utvecklats[14] kan den totala kostnad som inköpet av en viss vara betingar (c_t) uppdelas i priset på varan (c_p), sök- och informationskostnader i samband med produktvalet (c_i) och kostnader för tid och transport vid inköpet (c_t). Genom att användningen av varumärken håller sök- och informationskostnaderna nere påverkas också den totala kostnaden för varans inköp på ett

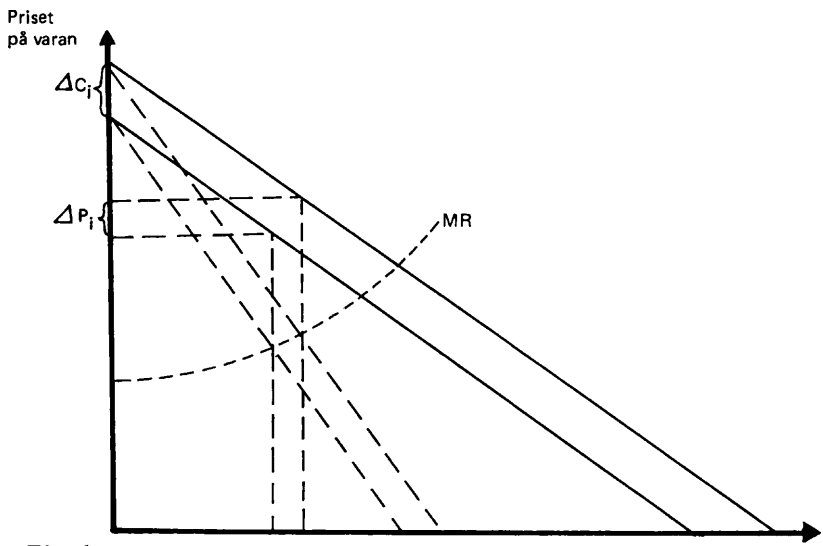


Fig 6

för konsumenterna positivt sätt. Grafiskt uttryckt innebär en konstant sänkning av sök- och informationskostnaderna en parallellförskjutning av efterfrågekurvan uppåt. En sådan förskjutning medför, som vi tidigare sett, en prishöjning. Denna kommer dock att bli mindre än minskningen av sök- och informationskostnaderna (se fig 6).

Hur stor minskning av sök- och informationskostnaderna varumärkena kan bidra till kan inte besvaras generellt utan beror både på vilken individ och vilken produkt det är fråga om.[15] Sannolikt

14. Se ovan s 43 f.
15. Observera dock att antalet produktvarianter på marknaden skulle minska avsevärt om varumärken inte existerade.

lägger konsumenterna ned mest tid på att undersöka varuutbudet såvitt gäller sådana varor där produktvariationerna framstår som mer väsentliga. Vanligtvis torde det dels vara fråga om varor i högre prislägen, dels varor som konsumenten av någon annan anledning har stort intresse av, t ex hobbyvaror. I ekonomisk litteratur brukar dylika antaganden generaliseras till hypotesen att konsumenten skaffar sig information intill dess informationens marginalkostnad är lika stor som dess marginalnytta.[16]

Sök- och informationskostnaderna består i första hand av kostnaderna för den tid som läggs ner på produktinköpet. Både denna tidsrymd och dess alternativkostnad är individuell för den enskilde konsumenten. Såvitt gäller konsumentkapitalvaror och andra varor där produktvariationerna är väsentliga minskar särskilt kostnaderna för att skaffa produktinformation. För dagligvaror däremot torde det främst vara kostnaderna för att finna den eftersökta varan som minskar. Så fort konsumenten omprövar sitt produktval minskas dock även informationskostnaderna.

Av det hittills sagda framgår att användningen av varumärken har både kostnadshöjande och kostnadssänkande effekter för konsumenterna. Om vi låter $\triangle c_i$ beteckna den sänkning av sök- och informationskostnaderna som användningen av varumärken medför, $\triangle p_i$ den prishöjning denna kostnadssänknings påverkan på efterfrågan medför och $\triangle p_k$ den prishöjning varumärkets konkurrensbegränsande effekt har, gäller att användningen av varumärken har en totalt sett kostnadssänkande effekt om $\triangle c_i > \triangle p_i + \triangle p_k$ medan motsatsen är fallet om $\triangle c_i < \triangle p_i + \triangle p_k$. Om dessa variablers inbördes förhållande vet vi endast att $\triangle c_i > \triangle p_i$.

Det förhållandet att varumärken och reklam minskar konsumenternas sök- och informationskostnader kan emellertid i sin tur leda till att produkternas inköpspris tenderar att sjunka, något som påvisats av Nelson.[17] Denne påpekar att efterfrågan på olika produk-

16. Se exempelvis Nelson, Information and Consumer Behavior, JPE 1970 s 311 ff.
17. Detta har särskilt skett i en opublicerad uppsats med titeln The Economic Consequences of Advertising. Följande bygger därför på framställningen i Ferguson, a a s 27 ff och Nelson, a a s 311 ff.

ter är beroende av den information konsumenterna har.[18] Antag för enkelhetens skull att det endast finns två varor av en viss typ. Ovan har anförts[19] att förekomsten av varumärken och reklam kan ge konsumenterna intrycket att varorna är mer olika än vad som eljest skulle vara fallet. Om inte någon reklam existerade kan det emellertid också tänkas att många konsumenter överhuvudtaget inte skulle ha känt till att det fanns två olika varor. Dessa konsumenter skulle då inte ha haft något alternativ alls vid inköp av en vara av ifrågavarande typ, vilket skulle ha inneburit att det företag som sålde den vara som konsumenten kände till skulle ha fått en monopolställning. I denna situation är det därför uppenbart att reklamen ökar substituerbarheten, dvs ökar efterfrågeelasticiteten för den vara reklamen ej avser. Motsvarande effekt, om än naturligtvis mindre markant, kan också uppkomma om antalet varor är fler än två. Det är således klart att påståendet att varumärken och reklam har en konkurrensbegränsande effekt bygger på förutsättningen att konsumenterna även utan dessa företeelser skulle ha haft samma information om varuutbudets omfattning.

Även om Nelsons teorier vid första påseendet kan tyckas stå i strid med vad som tidigare sagts om varumärkets konkurrensbegränsande effekt är så inte fallet. Avgörande för om användningen av varumärken har konkurrensbegränsande eller konkurrensstimulerande effekt är nämligen hur mycket och hur väsentlig ny information reklamen ger samt hur billig den är. Ju mer ny information konsumenterna får och ju billigare den är, desto större är möjligheten att en prissänkande verkan uppkommer. Om däremot varumärken och reklam inte ger någon ny information alls uppkommer således inte heller någon prissänkande effekt.

En annan möjlig effekt av användningen av reklam och varumärken är att den överblick över varuutbudet som konsumenterna därigenom får, rent allmänt gör dem mer benägna till pris- och kvalitetsjämförelser. Detta borde öka incitamentet att priskonkur-

18. Den stora samhällsekonomiska betydelsen av informationens omfattning och pris uppmärksammades först av Stigler i den ovan i not 12 på s 112 anförda artikeln. Därefter har olika informationsfrågor behandlats i ett stort antal arbeten. För en översikt, se Rotschild, Models of Market Organization with Imperfect Information, JPE 1973 s 1283 ff.
19. Se ovan s 68 ff.

rera, eftersom konsumenternas produktkännedom och marknadsöverblick kan medföra vissa begränsningar av hur högt pris som kan tas ut för en viss vara, begränsningar som kan vara snävare än de som skulle ha funnits om annonsering inte skulle ha förekommit. Det sagda utsluter inte att användningen av varumärken kan medföra att företagarnas möjligheter att sätta egna priser ökar inom de ramar nyssnämnda begränsningar drar upp.

Nämnda antaganden får visst stöd av en undersökning som gjorts av Benham. Denne har visat[20] att priserna på glasögon m m i USA, där i många delstater annonsering för sådana inte är tillåten, är högre i de delstater där annonsering inte är tillåten än i de övriga. Undersökningen ger dock inte någon direkt förklaring till resultatet och det är därför tänkbart att detta har andra orsaker än skillnaderna i annonsering. Benham undersöker därför om prisskillnaderna kan förklaras av att det finns några hinder mot marknadsinträde i de stater där annonsering inte är tillåten, men han finner inga sådana. Inte heller är kvaliteten lägre på de glasögon som säljs i de stater där annonsering är tillåten.[21]

En annan tänkbar förklaring till Benhams resultat är att annonseringen medfört en viss koncentration bland optikerna, vilket i sin tur medfört att dessa blivit så stora att de kunnat utnyttja stordriftfördelar och därigenom minska sina kostnader. Huruvida så är fallet undersöks dock inte.

Det bör emellertid observeras att reklamen på glasögonmarknaden är begränsad. Den har därför knappast den omfattning som krävs för att skapa så starka märkespreferenser att märkesinnehavaren/reklamsändaren därigenom får någon starkare ställning på marknaden. Konsumenterna torde också vara föga informerade om utbudet på glasögonmarknaden. Det är därför inte osannolikt att resultatet av Benhams undersökning skulle ha blivit ett annat om den gällt en varutyp för vilken reklamen är mycket omfattande och konsumenterna mer informerade. Glasögonreklamens begränsande omfattning medför emellertid också att det inte är troligt att reklamen lett till så starka koncentrationstendenser att de

20. A a s 337 ff.
21. A a s 345 ff.

kvarvarande optikerna kan ha fått några större stordriftsfördelar. Benhams undersökning gör det mot bakgrund av ovanstående sannolikt att reklam av begränsad omfattning kan leda till lägre konsumentpriser.

Sammanfattningsvis kan således varumärken ha en kostnadssänkande effekt på två olika sätt. För det första medför användningen av varumärken att konsumenternas sök- och informationskostnader ($\triangle c_i$) sänks, något som dock inte direkt påverkar försäljningspriserna. För det andra kan förekomsten av varumärken och reklam, då detta innebär att konsumenterna blir bättre informerade, medföra en press på de berörda varornas priser. Denna eventuella prissänkning betecknas här ($\triangle p_r$).

Dessa kostnadssänkande effekter eller tendenser motverkas dock, helt eller delvis, av två skilda kostnadshöjande effekter. Det är dels fråga om den prishöjande tendens som följer av varumärkets konkurrensbegränsande effekt ($\triangle p_k$), dels den prishöjning som följer av den efterfrågehöjning de minskade sök- och informationskostnaderna medför ($\triangle p_i$). Totalt sett leder alltså användningen av varumärken och reklam till lägre kostnader för konsumenterna om $\triangle c_i + \triangle p_r > \triangle p_k + p_i$ och till högre priser om $\triangle c_i + \triangle p_r < \triangle p_k + p_i$.

Av ovanstående framgår att man generellt varken kan påstå att användningen av varumärken har en kostnadshöjande eller kostnadssänkande effekt, utan att detta måste avgöras i varje särskilt fall. Sannolikheten för att varumärkena har en kostnadssänkande effekt är dock större om varumärken används i samband med reklam som ger konsumenterna sådan information som de efterfrågar än när så inte är fallet.

2.5.3 Konkurrensstimulerande, särskilt produktutvecklingsstimulerande effekt

Varumärkeslagstiftningen i Sverige bygger på uppfattningen att varumärket har en konkurrensstimulerande funktion. Om de enskilda näringsidkarna ej kan disponera över egna varumärken skulle de inte ha några incitament att vidta olika konkurrensstimulerande åtgärder, eftersom dessa åtgärder ej skulle kunna kopplas

till den näringsidkare som vidtagit dem. Varumärkesutredningen uttalade härom:[22]

"Genom att märket på detta sätt kan vägleda köparen till det inköp han ur sina synpunkter med hänsyn till behov, önskemål, pris och kvalitet anser mest förmånligt, har varumärket förmåga att stimulera en verksam konkurrens mellan olika företagare. Varumärket är till följd härav den kanske mest betydelsefulla av de olika faktorer som kunna främja konkurrensen enskilda företagare emellan."

Liknande tankegångar ligger med största sannolikhet bakom följande uttalande av konkurrensutredningen:[23]

"Givetvis har näringsidkarna intresse av att gentemot varandra ha ett skydd för sina individualiseringsmedel. Men det är också i samhällets och konsumenternas intresse att säljarna på marknaden framträder individualiserade och med från varandra särskiljbara kännetecken. Här fyller kännetecknensrätten viktiga konkurrensfrämjande och konsumentinformerande funktioner."

Det torde dock kunna påstås att de tankar som ligger bakom dessa citat varit relativt outvecklade. I samband med att man mer generellt börjat analysera och förstå informationens betydelse för samhällsekonomin har det emellertid framkommit att varumärkenas konkurrensstimulerande effekt har mycket stor betydelse.

Detta framgår särskilt tydligt av en modell som utarbetats av Akerlof.[24] Denne tänker sig en marknad där varje säljare känner till kvaliten på de varor han säljer (i modellen är det fråga om bilar men varutypen är irrelevant för modellens giltighet), men där köparna bara känner till genomsnittskvaliten hos varutypen. De kan inte heller skaffa sig mer information. Detta är en situation som kan tänkas uppkomma på en marknad där varumärken inte existerar, eftersom konsumenterna då inte kan särskilja de olika näringsidkarnas varor.[25] Akerlofs modell förutsätter också att va-

22. SOU 1958: 10 s 48.
23. SOU 1978: 9 s 143, Bernitz, Marknadsrätt s 54 ff.
24. The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, QJE 1970 s 488 ff.
25. I de fall där säljarna inte är tillverkare torde det dock inte heller vara ovanligt att inte heller säljaren känner till varans kvalitet.

rumärken inte används.[26]

Köparnas osäkerhet om varornas kvalitet leder enligt Akerlof till att de aldrig är villiga att betala mer för någon vara än vad de anser att en vara av medelkvalitet är värd. De som säljer varor av bättre kvalitet än genomsnittet kommer därför antingen att sänka kvaliten på sina varor eller att upphöra med försäljning. Undantag måste dock rimligen göras för företag som har möjlighet att tillverka varor som är bättre än genomsnittet till lägre pris än genomsnittspriset. Den situationen är dock osannolik. Resultatet blir därför att genomsnittskvaliten sjunker på de varor som utbjuds. Detta leder i sin tur till att varor som tidigare inte var bättre än genomsnittet nu kommer att bli det och att också dessa försvinner från marknaden o s v. Tendensen mot allt sämre varor kan förväntas gå ganska fort, eftersom det kan finnas stora vinster att göra genom att sälja dåliga varor som är billiga i tillverkning till samma pris som varor av genomsnittskvalitet.

Resultatet blir således att marknaden helt bryter samman eller, i "bästa fall", att en marknad där alla varor har mycket låg kvalitet uppkommer. Detta gäller även om det finns många som efterfrågar varor av bättre kvalitet och som är villiga att betala så mycket för dem att det skulle vara lönsamt för företagarna att tillverka dem.

Genom att förekomsten av varumärken ger konsumenterna möjlighet att särskilja olika varor har varumärkena således mycket stor betydelse för möjligheten att få avsättning för varor av god kvalitet. Detta gäller trots att varumärken inte särskiljer varor efter deras egenskaper, eftersom de flesta varor som är märkta med olika varumärken av konsumenterna uppfattas som olika.

En annan viktig faktor är kostnaden för varuinformation. Förhållandet mellan priset på information och de producerade varornas kvalitet har undersökts av Stuart.[27] Denne har vidareutvecklat Akerlofs modell på så sätt att han antar att konsumenterna kan skaffa sig information om de utbjudna varornas egenskaper, men

26. A a s 499 f.
27. Consumer Protection in a Market Where Sellers Have Better Information Than Buyers, Law and Economics, Report from a symposium in Sweden s 155 ff.

att detta kostar pengar. En annan förutsättning är att konsumenterna anser att den nyttoökning en förbättring av egenskaperna hos de olika varorna skulle medföra är större än kostnaderna för att genomföra dessa förbättringar. Enligt Stuart finns det då tre olika jämviktslägen marknaden kan komma att sträva mot nämligen:

1. Att endast varor av låg kvalitet produceras. Så blir fallet om kostnaden för varuspecifik information (c_i) är större än det nyttotillskott varan kan ge ($\triangle$ u) minus prisskillnaden mellan denna vara och en vara med lägre kvalitet ($\triangle p_q$), dvs om $c_i > \triangle u - \triangle p_q$.
2. Att endast varor av hög kvalitet kommer att produceras. Detta är jämviktsläget om priset på varuspecifik information är noll. Slutsatsen följer direkt av förutsättningen att nyttan av en varuförbättring är större än kostnaden för denna.
3. Att både varor av hög och låg kvalitet produceras. Läget uppkommer om priset på varuspecifik information är sådant att vinsten blir lika stor oavsett varornas kvalitet.

Eftersom användningen av varumärken minskar konsumenternas sök- och informationskostnader bidrar varumärkena till att sannolikheten för att marknaden skall sträva mot jämviktsläge 1 sjunker.

2.5.4 Sammanfattning

Användningen av varumärken medför flera olika samhällsekonomiska effekter som delvis går i motsatt riktning. Man kan således urskilja en konkurrensbegränsande och, åtminstone på lång sikt, prishöjande tendens, två skilda kostnadssänkande tendenser och en produktutvecklingsstimulerande tendens. Däremot är det inte möjligt att generellt uttala sig om vilken av dessa tendenser som är starkast.

Inte heller är det möjligt att med krav på vetenskaplig objektivitet påstå, att användningen av varumärken *alltid* är fördelaktig för konsumenterna. Avgörande här är hur man värderar ovan nämnda effekter.

De samhällsekonomiskt positiva effekterna av användningen av varumärken förutsätter emellertid att den information varumärkena ger är korrekt. Detta gäller både den information som sammanhänger med särskiljningsfunktionen och den som sammanhänger med varumärkets egenskapsantydande effekt. Om något i denna information är felaktigt försvagas både de kostnadssänkande och de produktutvecklingsstimulerande tendenserna. Den samhällsekonomiska analysen av varumärkesanvändningens effekter understryker således vikten av att de tidigare i detta kapitel uppställda kraven på varumärkeslagstiftningen uppfylls.

3 Varukänneteckensskyddets uppkomst och de objekt det omfattar

3.1 Inledning. Konsumentaspekter

Ovan har konstaterats att varukännetecknens viktigaste funktion för konsumenterna är att de gör det möjligt för dessa att identifiera olika varor och särskilja dem från varandra efter deras kommersiella ursprung.[1] Härigenom ökar möjligheterna för konsumenterna att överblicka utbudet av varor och tjänster på marknaden. Vidare har fastslagits att varukännetecknens funktion kan fyllas av alla olika typer av objekt.[2]

Konsumenterna har därför ett intresse av att alla varukännetecken som faktiskt fyller en särskiljningsfunktion skyddas, dvs förbehålls en viss näringsidkare. Detta innebär bl a att skydd bör kunna uppkomma oavsett om kännetecknensinnehavaren vidtar några särskilda åtgärder härför eller inte.[3] Det är ju inte säkert att ett kännetecken är ointressant från konsumentsynpunkt bara för att användaren inte vidtar några åtgärder för att skydda det. Här förtjänar att påpekas att ibruktagandet av ett varukännetecken inte alltid behöver initieras av vederbörande näringsidkare, utan det kan också hända att kännetecknet först börjar användas av konsumenterna. Så skedde t ex med varumärket COKE som först var ett slanguttryck för COCA COLA men som nu är ett registrerat varumärke för denna dryck.

Ovanstående betyder dock inte att möjligheten till registreringsskydd är ointressant från konsumentsynpunkt. Tvärtom har den

1. Se ovan s 41 ff.
2. Se ovan s 45 ff.
3. Beier, Rückkehr zum Eintragungsprinzip?, GRUR Int 1973 s 415. Se också Holmqvist, Om inarbetning av varukännetecken, NIR 1975 s 281 f.

granskning av om det sökta märket är förväxlingsbart eller vilseledande som sker vid registreringsförfarandet stor betydelse, eftersom ett avslag på ansökan på någon av dessa grunder vanligen leder till att märket inte tas i bruk. Från konsumentsynpunkt likaväl som från näringsidkarsynpunkt torde därför ett system där varumärkesskydd kan uppkomma både genom registrering och användning vara fördelaktigast.[4] Om det skydd som uppkommer utan att några särskilda åtgärder behöver vidtas är så omfattande att förväxlingar förhindras innebär det inte heller några nackdelar för konsumenterna om registreringsskyddet ger ett för kännetecknsinnehavarna än fördelaktigare skydd. Det kan också tilläggas att det från konsumentsynpunkt i och för sig inte är nödvändigt att det automatiskt inträdande skyddet uppkommer med stöd av varumärkeslagen. Normalt torde det emellertid vara lämpligast att varumärkesrättens omfattning så fullständigt som möjligt regleras i själva varumärkeslagstiftningen[5], eftersom detta normalt leder till större överskådlighet och mindre samordningsproblem.

Eftersom alla typer av objekt kan fungera som varukännetecken har konsumenterna även ett intresse av att vissa typer av objekt, t ex varans utseende, inte är uteslutna från skydd.

Mot bakgrund av det sagda kommer i det följande varukänneteckensskyddets uppkomst och omfattning avseende objekt att analyseras.

3.2 Skyddets uppkomst

3.2.1 Varumärkeslagen

Enligt svensk liksom övrig nordisk rätt kan varumärkesskydd uppkomma dels genom registrering, 1 § VmL, dels genom inarbetning, 2 § VmL. En näringsidkares släktnamn och firma skyddas dock som varumärke oavsett registrering eller inarbetning, 3 § VmL. Även ibruktagandet av ett varumärke medför ett visst skydd. Någon annan näringsidkare än ibruktagaren kan nämligen inte med vetskap om användningen registrera ett förväxlingsbart varumärke, 14 §, 7 p VmL. Däremot kan en konkurrerande näringsidkare an-

4. Samma Beier, a a s 408, 417.
5. SOU 1958: 10 s 60, SOU 1965: 61 s 170 f, SOU 1966: 71 s 236 f, Bernitz, Marknadsrätt s 450.

vända ett förväxlingsbart kännetecken ända till dess det först använda märket registreras eller inarbetas. På denna punkt skiljer sig dansk rätt från övrig nordisk genom att redan ibruktagande medför skydd. Användningen av ett märke som är förväxlingsbart med ett tidigare enbart ibruktaget märke är således förbjuden, 3 §, 3 st danska VmL och 5 § markedsføringsloven. Detta medför att inarbetning endast får betydelse som rättsgrund för märken som saknar ursprunglig särskiljningsförmåga.[1]

Principiellt erhåller alla varumärken samma skydd oavsett hur detta uppkommit. Denna principiella likställdhet mellan inarbetade och registrerade varumärken var en nyhet vid VmL:s tillkomst. Enligt ÄVmL kunde skydd endast uppkomma genom registrering. I praxis växte dock ett mycket begränsat skydd för inarbetade märken fram[2] och 1934 infördes i varumärkeslagen en regel om att inarbetade märken utgjorde registreringshinder, 4 §, 6 p ÄVmL. Ett egentligt skydd för inarbetade märken tillkom dock först i och med 9 § IKL:s ikraftträdande 1942. Enligt detta stadgande var uppsåtlig användning av ett kännetecken som lätt kunde förväxlas med ett förut här i riket inarbetat kännetecken straffbar. Skyddet för oregistrerade kännetecken har således successivt utvidgats under 1900-talet.

Trots den principiella likställdheten är emellertid skydd genom registrering på många sätt fördelaktigare för varumärkesinnehavaren än inarbetningsskydd. De viktigaste fördelarna torde vara att registreringsskydd kan erhållas även för andra varor än de märket faktiskt används för, att skyddet alltid omfattar hela landet och inte bara det geografiska område inom vilket märket är inarbetat, att skyddet normalt uppkommer tidigare, eftersom inarbetningsprocessen inte behöver inväntas, att förekomsten av skydd blir lättare att bevisa, att den granskning PRV gör vid registreringen medför en viss säkerhet för att det inte senare visar sig att märket är förväxlingsbart och att PRV lättare kan bevaka varumärkesinnehavarens rätt gentemot nya registreringsansökningar.

---

1. Ang inarbetningens begränsade betydelse i dansk rätt, se Kobbernagel II s 69 f.
2. NJA 1929 s 44, TENAX och TENGOR.

Det är således lätt att konstatera att varukännetecken både i svensk och övrig nordisk rätt kan få skydd utan att kännetecknsinnehavaren behöver vidta några särskilda åtgärder.

3.2.1.1 Internationell utblick

Registrering och mer eller mindre omfattande användning är även i de utomnordiska länderna de sätt på vilka varumärkesskydd kan uppkomma. I de flesta stater är båda dessa vägar möjliga men oftast är registrering avsedd att vara huvudvägen. ParisK förutsätter också att medlemsländernas lagstiftning möjliggör registrering av varumärken.

Däremot kräver konventionen inte att varumärkesskyddet uppkommer genom själva registreringen.[3] Amerikansk rätt strider därför inte mot ParisK trots att skydd bara kan uppkomma genom att ett varumärke tas i bruk. Visserligen finns även möjlighet att registrera varumärken, men registreringen grundar inte något skydd utan är i princip endast ett bevis på att varumärket är skyddat.[4] Registrering kan därför bara ske av märken som börjat användas.

Den tyska varumärkeslagstiftningen å andra sidan var tidigare mycket starkt präglad av registreringsprincipen. Under 1920 och 1930-talen växte det emellertid i praxis fram ett skydd även för oregistrerade kännetecken. Detta skydd, som nu finns kodifierat i 25 § WZG, har stora likheter med vårt inarbetningsskydd. Utvecklingen i Tyskland har således varit likartad med den hos oss och visar behovet av att skydda även oregistrerade varumärken. En liknande utveckling pågick fram till ungefär 1960 också i flera andra länder.[5]

Under den senaste tiden har dock en viss tendens till en återgång till registreringsprincipen uppkommit.[6] Enligt de nya varumärkeslagarna i Frankrike och Benelux-länderna kan varumärkesskydd bara uppkomma genom registrering. Likaså bygger förslaget till

3. Bodenhausen, a a s 15.
4. Registrering kan dels ske enligt den federala varumärkeslagen Lanham Act, dels enligt delstatlig lagstiftning.
5. Bernitz, a a s 430 ff.
6. Beier, a a s 409 ff, Holmqvist, a a s 281 f.

EG-varumärke helt på registreringsprincipen, art 6.[7] I alla de tre fallen gäller dock undantag för sådana notoriskt kända märken som avses i art 6 bis ParisK. Förslaget till EG-varumärke förutsätter också att medlemsländernas nationella varumärkeslagstiftning behåller sin giltighet och det har påpekats att det finns ett behov av att oregistrerade märken skyddas i denna lagstiftning.[8]

Fördelarna med ett varumärkesskydd som endast grundas på registrering är[9] att en näringsidkare då genom en kontroll i varumärkesregistret kan få reda på alla äldre varumärkesrätter och således ej behöver riskera att det senare visar sig att det finns en kolliderande, lokalt begränsad rätt.[10] Registreringsprincipen ger sålunda på detta sätt en större trygghet för registreringssökandena. En annan fördel är att eventuella förväxlingar, d v s de som rättsligt beaktas, upptäcks tidigare. Bedömningen av vilka märken som är förväxlingsbara sker också vanligen av mycket kvalificerade personer.

Dessa fördelar har störst betydelse för storföretag som ofta önskar skydd för flera olika varumärken i många skilda länder. För storföretagen är det inte heller så betungande att behöva iaktta registreringsföreskrifterna. För små, lokalt begränsade företag är det däremot väsentligt att det finns möjlighet att få skydd enbart p g a användning.

Det kan alltså konstateras att under senare tid internationellt en viss tendens till en återgång till registreringsprincipen kan spåras. Lagstiftarna har således, även om det sannolikt inte skett medvetet, kommit att i högre grad tillgodose de större näringsidkarnas intressen på bekostnad av småföretagarnas och konsumenternas.

3.2.2 Marknadsföringslagen

Som strax kommer att framgå är det utomlands inte ovanligt att lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens innehåller bestämmelser som medför ett kompletterande skydd för varukännetecken vid

7. Förslaget återges i IIC 1979 s 176 ff.
8. Memorandum on the creation of an EEC trademark, Bulletin of the European Communities 8/76 s 19.
9. Se närmare Beier, a a s 409 f.
10. Se t ex det omdiskuterade tyska avgörandet GRUR 1957 s 499, WIPP.

sidan av det som följer av den rena varumärkeslagstiftningen. Sådant kompletterande skydd kan först och främst uppkomma om det generellt anses otillåtet enligt lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens att använda kännetecken som är förväxlingsbara med annans kännetecken. Skydd kan emellertid också uppkomma som en följd av att s k slavisk efterbildning, generellt eller delvis, anses otillåten. Enligt de regler som utbildats angående slavisk efterbildning är normalt inte användningen av det efterbildade kännetecknet i sig otillåten, utan härför krävs vanligen dessutom att efterbildningen skett på ett sätt eller i ett sammanhang som framstår som stötande.

Ett visst skydd för varukännetecken kan uppkomma enligt 2 § MFL. Enligt detta stadgande kan marknadsdomstolen förbjuda alla åtgärder i samband med marknadsföring av varor, tjänster eller andra nyttigheter som strider mot god affärssed eller på annat sätt är otillbörliga mot konsumenter eller näringsidkare. Stadgandet är alltså tillämpligt på all marknadsföring av varor, tjänster eller andra nyttigheter. Eftersom användningen av varukännetecken regelmässigt är en marknadsföringsåtgärd är stadgandet enligt sin ordalydelse tillämpligt på all sådan användning.

Såvitt gäller varukännetecken som vilseleder angående de kännetecknade varornas beskaffenhet, kvalitet och liknande är det helt klart att ovanstående gäller utan inskränkningar.[11] När det gäller användningen av kännetecken som är så likt en annan näringsidkares kännetecken att konsumenterna kan vilseledas om de ifrågavarande varornas eller tjänsternas kommersiella ursprung är däremot läget mer komplicerat.

Utredningen om illojal konkurrens uttalade, efter en ingående diskussion, att den av utredningen föreslagna lagen om otillbörlig konkurrens inte skulle medföra något utvidgat skydd vare sig för kännetecken eller för andra typer av objekt.[12] Detta är enligt förarbetena huvudprincipen också enligt MFL.[13] En grundtanke bakom hela den svenska immaterialrättslagstiftningen är att denna fullständigt skall reglera vilka objekt som är skyddade respektive

11. Prop 1970: 57 s 89 f. Se närmare nedan s 408 ff.
12. SOU 1966: 71 s 236 ff, 249 f.
13. Prop 1970: 57 s 75 f.

oskyddade. Lagstiftaren ansåg det inte förenligt med denna princip att utvidga skyddsområdet med stöd av lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens.[14] Åtminstone såvitt angick känneteckenslagstiftningen ansågs det inte heller finnas något behov av ett utvidgat skydd.[15] Sådan efterbildning som inte strider mot immaterialrättslagstiftningen är således i princip tillåten.[16] Det har härvid ingen betydelse huruvida efterbildningen skett på ett sätt som framstår som etiskt klandervärt.[17]

Angående förhållandet mellan varumärkeslagen och marknadsföringslagen uttalade departementschefen i propositionen ang marknadsföringslagens införande vidare:[18]

"En annan anmärkning som kan riktas mot användningen av ett varukännetecken är att åtgärden utgör intrång i en enligt varumärkeslagen skyddad ensamrätt. Frågor om varumärkesintrång prövas av domstol enligt reglerna i varumärkeslagen. Marknadsrådet bör i princip inte ge sig in på sådana frågor. Som grund för ett förbud enligt generalklausulen bör alltså inte kunna åberopas att åtgärden innebär intrång i en rätt till registrerat eller inarbetat varukännetecken."

Sammantagna innebär dessa förarbetsuttalanden dels att användningen av ett visst varukännetecken inte är otillbörlig enligt MFL på den grunden att den innefattar varumärkesintrång, dels att sådan användning av kännetecken som visserligen orsakar faktiska förväxlingar men som inte innebär varumärkesintrång inte heller är otillbörlig. Användningen av ett kännetecken som är identiskt eller mycket likt ett annat kännetecken skulle således enligt dessa uttalanden aldrig strida mot MFL. Denna skulle därmed inte ge upphov till något som helst skydd för varukännetecken, utan endast

14. SOU 1966: 71 s 236 ff, prop 1970: 57 s 75 f.
15. SOU 1966: 71 s 237.
16. Prop 1970: 57 s 75 f, Bernitz, Marknadsföringslagen och känneteckensskyddet, NIR 1975 s 182 f, dens, Otillbörlig marknadsföring och illojal konkurrens, NIR 1971 s 269 ff, dens, Svensk och internationell marknadsrätt s 204 ff, Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s 79 f, Bernitz-Pehrson-Sandgren, Industriellt rättsskydd s 98 ff, Svensson, Skydd mot efterbildning av produkter, NIR 1971 s 302 ff, Svensson-Stenlund-Ström, Praktisk marknadsrätt s 161.
17. Prop 1970: 57 s 76 f, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 82. Utredningen om illojal konkurrens hade här en annan mening, se SOU 1966: 71 s 242, 250.
18. Prop 1970: 57 s 90. Se också s 76.

dra upp vissa restriktioner för hur kännetecknsinnehavarna får använda sina märken.

Ovanstående slutsats är dock inte riktig. I propositionen angående marknadsföringslagens införande anför nämligen departementschefen vidare:[19]

"Däremot kan rådet (d v s numera marknadsdomstolen, min anm) förbjuda användningen av ett visst kännetecken under hänvisning till att det kan förväxlas med ett av annan företagare använt kännetecken och därigenom vilseleda allmänheten angående varans kommersiella ursprung. Principiellt saknar det för denna bedömning betydelse om åtgärden också innebär intrång i en ensamrätt som enligt lag tillkommer den andre företagaren."

Denna modifikation i det som är avsett att utgöra huvudregeln är mycket vittgående, även om gränsdragningen är något diffus. Ett av varumärkesrättens huvudsyften är ju att förhindra att allmänheten vilseleds angående de olika utbjudna varornas kommersiella ursprung.[20] Det är just sådana vilseledanden inom omsättningskretsen som kännetecknsinnehavarna lider ekonomisk skada av. Som nedan visas har förekomsten av faktiska förväxlingar också stor om än inte avgörande betydelse vid fastställandet av om två kännetecken är förväxlingsbara.[21] Varumärkeslagens och marknadsföringslagens syfte är alltså här detsamma. Den väsentliga skillnaden mellan varumärkesintrång och vilseledande om kommersiellt ursprung är att det senare bara kan förekomma när det föreligger någon risk för faktiska förväxlingar, d v s när det är fråga om två kännetecken som båda används inom samma geografiska område. När så är fallet torde emellertid vilseledande om kommersiellt ursprung mycket ofta föreligga parallellt med varumärkesintrång.[22]

Sammanfattningsvis gäller således att användningen av ett kännetecken som är så likt en annan näringsidkares kännetecken att det är förväxlingsbart i ordets vanliga betydelse inte i sig strider mot 2 § MFL, men att framkallandet av den effekt som en sådan kän-

19. A a s 90.
20. SOU 1958: 10 s 73.
21. Se nedan s 285 ff.
22. Bernitz, Marknadsföringslagen och kännetecknsskyddet, NIR 1975 s 194 f, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 211 f.

neteckensanvändning kan medföra, nämligen att allmänheten vilseleds om de ifrågavarande varornas kommersiella ursprung, är otillbörlig enligt marknadsföringslagen. Användningen av kännetecken som medför denna effekt kan därför förbjudas. Därmed ger marknadsföringslagen ett inte ringa skydd för använda varumärken.

Den grundinställning som präglar ovanstående förarbetsuttalanden och som medför att förhållandet mellan varumärkeslagen och marknadsföringslagen blir så komplicerat är att ensamrätten till ett varukännetecken antas så gott som endast ha betydelse för kännetecknsinnehavarna. Den avsedda innebörden av det sist citerade uttalandet torde vara att ingrepp med stöd av marknadsföringslagen inte skall kunna ske, när det bara ligger i kännetecknsinnehavarens intresse att stoppa efterbildningen. Däremot kan lagen tillämpas i de, enligt departementschefen tydligen få, situationer där det är ett allmänt intresse att förväxlingarna stoppas.[23] Något utvidgat skydd i kännetecknsinnehavarnas intresse syftar marknadsföringslagen således inte till. Som framgått ovan torde emellertid allmänheten och kännetecknsinnehavarna i de här aktuella situationerna oftast ha ett överensstämmande intresse av att användningen av förväxlingsbara kännetecken förbjuds.[24] Såvitt gäller använda märken är därför förarbetenas distinktion föga genomtänkt.

3.2.2.1 Övrig nordisk rätt

Trots att de nordiska varumärkeslagarna till stora delar är identiska är förhållandet mellan varumärkeslagen och den övriga lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens annorlunda i Sverige än i de andra nordiska länderna. Det finns därför anledning att på detta område behandla övrig nordisk rätt något mer utförligt än på andra områden.

3.2.2.1.1 Dansk rätt

I dansk rätt har lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens sedan länge innehållit regler dels om förbud mot användning av annans

23. Bernitz, a a s 194 f, 201 f.
24. Se ovan s 55 f, 60.

kännetecken, dels om skydd mot slavisk efterbildning. Såvitt gällde användningen av förväxlingsbara kännetecken fanns ett speciellt stadgande i 9 § konkurrenceloven, medan 15 § samma lag var tillämplig även på efterbildningar av andra typer av objekt. Numer finns regeln om förbud mot användningen av förväxlingsbara kännetecken i 5 § markedsføringsloven, medan 1 § i samma lag på detta område efterträtt 15 § konkurrenceloven. Den praxis som utbildats med stöd av sistnämnda lag har dock behållit sin betydelse även efter markedsføringslovens ikraftträdande.

Direkt av lydelsen av 5 § markedsføringsloven framgår att användning av ett kännetecken som är förväxlingsbart med annans varukännetecken är otillåten. Detta gäller oavsett om det förväxlingsbara kännetecknet är resultatet av en medveten efterbildning eller har börjat användas av en slump. Stadgandet innehåller sålunda den generella kännetecknsrättsliga regeln att alla ibruktagna kännetecken skyddas och anses därför inte bara som ett komplement till varumærkeloven. Däremot medför regeln inget skydd för enbart registrerade kännetecken. Om en näringsidkare börjar använda ett kännetecken som han vet är registrerat för en konkurrent och som denne avser att börja bruka kan emellertid detta eventuellt komma att strida mot "god markedsføringsskik" och därmed mot 1 § markedsføringsloven.

Användningen av ett varukännetecken som är förväxlingsbart med annans redan tidigare ibruktagna kännetecken strider således normalt både mot varumærkeloven och 5 § markedsføringsloven.[25] Något för en svensk betraktare en smula förvånande är att det av vissa avgöranden inte ens framgår vilken av lagarna som ansetts tillämplig eller om bägge använts.[26]

På grund av ovanstående vidsträckta förbud mot användning av förväxlingsbara kännetecken får reglerna om slavisk efterbildning

25. Från senare praxis ang 5 § markedsføringsloven, se UfR 1977 s 563 (= NIR 1978 s 429, AMAGER EJENDOMSHANDEL, intrång), UfR 1977 s 743 (= NIR 1978 s 428, LØGSTØR BLADET, intrång), UfR 1977 s 822 (= NIR 1978 s 439, AW, intrång), UfR 1977 s 1055 (= NIR 1978 s 431, FALCK, intrång), UfR 1978 s 821 (HOTEL LYNGGÅRDEN, ej intrång), UfR 1979 s 339 (Kirsebærvinetiketter, ej intrång) och UfR 1979 s 584 (olika märken föreställande tjurar, ej intrång men förordnande enligt 10 § VmL).
26. Se ex UfR 1977 s 822.

begränsad betydelse för kännetecknesskyddets omfattning. Dessa regler berörs därför bara kortfattat trots att de är relativt komplicerade.

När det är fråga om efterbildning av ett immaterialrättsligt oskyddat objekt men objektet som typ betraktat inte är uteslutet från sådant skydd, gäller som huvudprincip att efterbildningen är tillåten enligt 1 § markedsføringsloven.[27] Även en sådan efterbildning kan dock strida mot markedsføringsloven av den anledningen att det sätt på vilket efterbildningen skett är otillåtet. Det väsentliga för om en efterbildning är tillåten eller inte är således inte egenskaperna hos det efterbildade objektet, vilket däremot är avgörande för immaterialrättsligt skydd, utan en värdering av det handlande som resulterat i efterbildningen. I sista hand avgörande anses vara om den som företar efterbildningen med hänsyn till samtliga förekommande omständigheter i alltför hög grad tillägnar sig resultatet av någon annans insats.[28]

För att en efterbildning skall strida mot 1 § markedsføringsloven krävs först och främst att efterbildningen skett i näringsverksamhet och att det råder ett klart konkurrensförhållande mellan de inblandade näringsidkarna.[29] Vidare krävs att originalet och efterbildningen är så lika att de är substituerbara. Därmed menas inte att de ifrågavarande produkterna i sig skall kunna förväxlas, utan endast att varorna i konsumenternas ögon skall fylla samma funktion och därför kunna ersätta varandra.[30]

Vid sidan av dessa båda centrala förutsättningar, vilka alltid måste vara uppfyllda för att en efterbildning skall strida mot "god markedsføringsskik" och därmed kunna förbjudas enligt markedsføringsloven, finns ett flertal omständigheter som påverkar bedömningen utan att vara ensamt avgörande.[31] Bland dessa kan nämnas att risken för att efterbildningen är rättsstridig ökar ju större likheter som finns mellan originalet och efterbildningen, ju större in-

27. Krüger-Andersen, Markedsføringsret s 282.
28. A s.
29. Koktvedgaard s 360, Krüger-Andersen, a a s 283.
30. Koktvedgaard s 393 ff, Krüger-Andersen, a s.
31. Se härom, Koktvedgaard, s 363 ff, Krüger-Andersen, a a s 283 f, Lund, Forholdet mellem konkurrencelov og speciallov inden for eneretsområdet, NIR 1958 s 55 f.

sats skapandet av originalet krävt, dvs omvänt ju större besparing det inneburit att efterbilda originalet i stället för att utveckla en egen produkt, ju mer särpräglat originalet är och ju större dess marknadsmässiga värde är. Det har också betydelse vilken typ av objekt som efterbildats och vilket immaterialrättsligt skydd objekttypen normalt kan tänkas få. Vidare fästs vikt vid det sätt på vilket efterbildningen skett, t ex om förfarandet framstår som svikligt mot bakgrund av att det existerar ett kontraktsförhållande mellan de inblandade parterna. Om efterbildningen skett uppsåtligen ökar risken för att den bedöms som otillåten.[32]

3.2.2.1.2 Finsk rätt

I Finland finns numer två skilda lagar som rör otillbörlig konkurrens nämligen konsumentskyddslagen, som trädde i kraft 1 september 1978, och lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet, som trädde i kraft 1 januari 1979. Den förstnämnda lagen är tillämplig på näringsidkares marknadsföring av konsumtionsnyttigheter till konsumenter, medan den senare gäller förhållandet mellan olika näringsidkare.

Något stadgande som uttryckligen tar sikte på användningen av förväxlingsbara kännetecken finns inte i någondera lagen. Däremot innehåller lagarna var sin vidsträckt generalklausul. Den i 2 kap, 1 § konsumentskyddslagen stadgar att vid marknadsföring förfarande som strider mot god sed eller eljest är otillbörligt mot konsumenterna inte får användas, medan generalklausulen i 1 § lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet anger att förfaranden som strider mot god affärssed eller eljest är otillbörliga mot näringsidkare är förbjudna.

Huruvida, och i så fall i vad mån, generalklausulerna kan vara tillämpliga på användningen av förväxlingsbara kännetecken är något osäkert. Stadgandenas ordalydelse ger inte någon större ledning för deras tolkning. I de förarbeten som utgivits på svenska

32. Bland de senaste avgörandena ang slavisk efterbildning märks UfR 1979 s 277 (efterbildningen av lampetter ansågs stridande mot 1 § markedsføringsloven) och UfR 1979 s 844 (utformningen av en sko ansågs ej strida mot 1 § markedsføringsloven). Se också UfR 1978 s 218.

lyckas man också helt förbigå lagarnas förhållande till varumärkesrätten. Någon praxis har inte heller hunnit utveckla sig.

Generalklausulerna anknyter emellertid genom hänvisningarna till "god sed" respektive "god affärssed" till den äldre lagen mot illojal konkurrens vars 1 § också förbjöd handlingar som stred mot god sed.[33] Av de utlåtanden som Centralhandelskammarens Opinionsnämnd avgivit med stöd av detta stadgande framgår, att man inte ansett att slavisk efterbildning i sig är otillåten, utan att plagiering kan förbjudas endast då den förorsakar förväxlingsrisk ägnad att vilseleda konsumenterna om produktens ursprung.[34] Att faran för förväxlingar har stor betydelse framgår också av ett avgörande från finska högsta domstolen i vilket domstolen fann att en slavisk efterbildning av en motorbåt stred mot 1 § lagen mot illojal konkurrens.[35] Domstolens motivering i målet utesluter dock inte att tillvägagångssättet vid efterbildningen, i likhet med vad som gäller enligt dansk rätt, kan ha haft viss betydelse för utgången. Mot denna bakgrund förefaller det sannolikt att åtminstone generalklausulen i den nya lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet kan vara tillämplig vid användning såväl av efterbildade kännetecken som andra typer av objekt.

Anledningen till att slavisk efterbildning har ansetts kunna strida mot den äldre lagen mot illojal konkurrens är således framför allt att sådan efterbildning kan vilseleda konsumenterna om de inblandade varornas kommersiella ursprung. Det har således varit efterbildningens negativa effekter för konsumenterna som varit avgörande.[36] Detta talar starkt för att sådan efterbildning även kan strida mot god sed i den mening som avses i 2 kap, 1 § konsumentskyddslagen. I förarbetena till denna lag anges också att Centralhandelskammarens Opinionsnämnds utlåtanden kan ge viss ledning

33. God sed enligt 1 § lagen mot illojal konkurrens uppfattades i praktiken som synonymt med "god affärssed", se finska prop 1978 nr 114 s 10.
34. Aro, S.k. slavisk efterbildning och generalklausulen i 1 § IllkonkL enligt finsk opinionsnämndspraxis, NIR 1973 s 38 f, Tiili, Några synpunkter på det finska förslaget till konsumentskyddslagstiftning, NIR 1977 s 138. Se även Finne, Innebär s k slavisk efterbildning av annan näringsidkares produkter illojal konkurrens, JFT 1965 s 33 ff.
35. NIR 1973 s 247. Se även NIR 1979 s 361 där marknadsföringen av en klädhängare som hade stora likheter med en konkurrents klädhängare ej ansågs lagstridig.
36. Tiili, a a s 139.

vid tolkningen av lagen.[37] Den analys av varukännetecknets funktioner som skett i detta arbete stöder också åsikten att slavisk efterbildning kan medföra nackdelar för konsumenterna och vara otillbörlig mot dessa. Det bör dock nämnas att i finsk doktrin även uppfattningen att efterbildning kan vara fördelaktig för konsumenterna genom att priskonkurrensen ökar framförts.[38]

Eftersom det för konsumenterna väsentligaste vid slavisk efterbildning är de konsekvenser efterbildningen medför för dem, inte huruvida efterbildningen skett på ett gentemot konkurrenterna etiskt mindre tilltalande sätt, och konsumentskyddslagen enbart syftar till att skydda konsumenterna, synes vid en bedömning enligt denna lag det sätt på vilket efterbildningen skett sakna relevans. Det borde således vara likgiltigt huruvida användningen av ett kännetecken som liknar en konkurrents är resultatet av en medveten efterbildning eller beror på en slump. Det sagda leder till slutsatsen att det skulle strida mot generalklausulen i 2 kap, 1 § konsumentskyddslagen att använda sådana kännetecken som genom sin likhet med andra tidigare använda kännetecken orsakar så "omfattande" vilseledanden om ifrågavarande produkts kommersiella ursprung att stadgandets generella otillbörlighetsrekvisit är uppfyllt.

3.2.2.1.3 Norsk rätt

Den norska lov om kontroll med markedsføring innehåller tre stadganden som får betydelse för huruvida användningen av ett kännetecken som är förväxlingsbart med annan näringsidkares kännetecken är tillåten, nämligen 1, 2 och 9 §§. Av dessa syftar 2 § främst till att skydda konsumenterna och 9 § främst till att skydda näringsidkarna. 1 § är avsedd att skydda både konsumenter och näringsidkare, eftersom alla de situationer som 2—9 §§ är tillämpliga på också faller under 1 §.[39] Den norska motsvarigheten till konsumentombudsmannen, forbrukerombudsmannen, har möjlighet att föra talan enligt alla de tre paragraferna 13 §.

---

37. Finska prop 1977 nr 8 s 25.
38. Aro, Ns. orjalline jäljittely ja VilpKilpL 1 §, Defensor Legis 1973 s 16, omnämnd i Tiili, a a s 140 f.
39. Se om förhållandet mellan de olika stadgandena i markedsføringsloven Gundersen-Bernitz, Norsk og internasjonal markedsrett s 341 f.

Det enda av de nämnda stadgandena som direkt tar sikte på användningen av förväxlingsbara kännetecken är 9 §. Både denna och 1 § bygger på den gamla generalklausulen i 1 § loven om utilbörlig konkurrense. Att detta stadgande medförde ett kompletterande skydd för kännetecken stod redan tidigt klart.[40] Trots detta är domstolspraxis begränsad, men däremot finns ganska många uttalanden från Næringslivets Konkurrenseutvalg och andra liknande privata organ.[41] Denna äldre praxis har betydelse även för bedömningen enligt markedsføringsloven.[42]

9 § markedsføringsloven lyder:

"Det er forbudt i næringsvirksomhet å anvende etterliknede kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling."

Som framgår av stadgandets ordalydelse är det tre rekvisit som skall vara uppfyllda för att användningen av ett kännetecken skall kunna förbjudas. För det första skall kännetecknet vara resultatet av en efterbildning. Således kan endast användning av kännetecken som tillkommit genom att ett annat kännetecken utnyttjats som förebild förbjudas. Skulle det förväxlingsbara kännetecknets utformning vara resultatet av en slump kan således förbud enligt 9 § inte meddelas.[43]

För det andra måste användningen ske på ett sådant sätt och under sådana omständigheter att den måste anses utgöra ett orimligt utnyttjande av en annans insats eller produkter. Rekvisitet möjliggör en mycket nyanserad bedömning av vilka efterbildningar som är tillåtna respektive otillåtna, där hänsyn kan tas till alla föreliggande omständigheter.[44] Ofta torde ett flertal olika förhållanden ha betydelse, utan att något särskilt är ensamt avgörande.[45] Bland

40. Bull-Løchen, Lov om kontroll med markedsføring s 42 f, Knoph, Åndsretten s 540 ff.
41. Praxis intill 1960 kommenteras av Brunsvig, Utilbörlig efterligning av produkt under den norske konkurranseloven, NIR 1960 s 146 ff.
42. Bull-Løchen, a a s 105, Gundersen-Bernitz, a a s 455.
43. Bull-Løchen, a a s 109, Gundersen-Bernitz, a a s 455 f.
44. Se bedömningen i Rt 1940 s 327 och Rt 1959 s 712 (= NIR 1960 s 120).

dessa kan nämnas att sannolikheten för att användningen av efterbildningen anses otillåten ökar ju större originalitet det efterbildade objektet har. Objekt som inte har någon originalitet alls, t ex därför att även de utgör efterbildningar, skyddas således inte. Sannolikheten för att användningen av det efterbildade objektet bedöms som otillåten ökar också ju större variationsmöjligheterna är.[40] Såvitt gäller kännetecken torde dessa möjligheter så gott som alltid vara stora. Ju mer klandervärt det sätt på vilket efterbildningen skett framstår som, desto troligare är det också att den bedöms som "orimelig". Som exempel på särskilt klandervärda beteenden kan nämnas ren plagiering och systematiskt utnyttjande av annans prestation. I sådana fall kan användningen av efterbildningen dessutom ofta medföra stora förtjänster. Särskilt klandervärda anses vidare förfaranden som innefattar förtroendemissbruk vara.[47] Även andra omständigheter, som t ex vad som är vanligt i den aktuella branschen, kan ha betydelse.

För det tredje måste användningen av efterbildningen leda till att fara för förväxlingar uppkommer. Det är i norsk rätt allmänt accepterat att en näringsidkare är skyldig att försöka undvika att använda kännetecken som det ligger nära till hands att anta kan orsaka förväxlingar.[48] Rekvisitet medför å andra sidan att bara utnyttjande av efterbildningar av använda kännetecken kan förbjudas och detta bara om efterbildningen används inom samma geografiska område som originalet. Förväxlingar kan ju annars inte uppkomma. Sannolikheten för att användningen av efterbildningen är otillåten minskar också om kännetecknen inte vänder sig till samma kundkrets.[49]

Forbrukerombudsmannen har ännu inte någon gång fört talan hos markedsrådet med stöd av 9 § markedsføringsloven.

Som redan konstaterats kan användningen av ett visst kännetecken även strida mot 1 och 2 §§ markedsføringsloven. Stridande

45. Se ang det följande Bull-Løchen, a a s 107 ff, Gundersen-Bernitz, a a s 456 f.
46. Se RG 1976 s 426.
47. Ex Rt 1959 s 712 (= NIR 1960 s 120).
48. Gundersen-Bernitz, a a s 457.
49. I Rt 1962 s 964 (= NIR 1963 s 204) synes det ha haft stor betydelse för utgången att efterbildningen och originalet (ett bord) tillhörde olika prisklasser och därför inte vände sig till samma kundkrets.

mot 2 § blir användningen om den är vilseledande och ägnad att påverka efterfrågan på den vara kännetecknet symboliserar. Såvitt gäller den typ av vilseledanden som det här är fråga om, vilseledanden om kommersiellt ursprung, förutsätter detta, att användningen av kännetecknet orsakar förväxlingar med ett redan tidigare använt kännetecken. Härvidlag råder således ingen skillnad gentemot 9 §. Däremot torde det enligt 2 § inte vara nödvändigt att det förväxlingsbara kännetecknet är resultatet av en efterbildning och inte heller att användningen av det förväxlingsbara kännetecknet innebär ett orimligt utnyttjande av annans prestation. Båda dessa förhållanden saknar ju betydelse för om vilseledanden kan uppkomma bland konsumenterna. 9 § markedsføringsloven synes således vara tillämplig på i princip samma situationer som 2 § i den svenska marknadsföringslagen. Något avgörande i markedsrådet som rör 2 §:s tillämpning på användningen av förväxlingsbara kännetecken finns dock inte ännu.

Sådan kännetecknsanvändning som är förbjuden enligt 2 och 9 §§ markedsføringsloven strider också mot 1 §, eftersom denna täcker alla förfaranden som faller under 2—9 §§. Även annan kännetecknsanvändning kan dock förbjudas såvida den "strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom eller er urimelig i forhold till konsumenterna". För att så skall vara fallet behöver användningen inte medföra förväxlingsfara.[50] Stadgandet får därför främst betydelse genom att sådan användning av ett kännetecken som framstår som etiskt särskilt klandervärd kan förbjudas, även om den ej medför någon förväxlingsfara. Som ett typexempel har angetts renommésnyltning.[51] Vidare torde användningen av ett plagiat av ett tidigare registrerat men ännu ej använt märke kunna förbjudas om plagieringen skett på ett etiskt särskilt klandervärt sätt.

3.2.2.2 Tysk rätt

Användningen av ett visst kännetecken kan komma i konflikt med tre stadganden i den tyska lagen mot otillbörlig konkurrens, ("Ge-

50. Bull-Løchen, a a s 118 f, Gundersen-Bernitz, a a s 458.
51. Gundersen-Bernitz, a a s 458 f.

setz gegen den unlauteren Wettbewerb", UWG), nämligen generalklausulen i 1 § samt 3 och 16 §§.Principiellt är det visserligen, liksom i svensk rätt, tillåtet att utnyttja immaterialrättsligt oskyddade objekt.[52] Även om det objekt som utnyttjas inte är skyddat kan emellertid det sätt på vilket utnyttjandet sker vara otillåtet.[53] Särskilt såvitt gäller kännetecken uppkommer härigenom vittgående undantag från huvudprincipen om plagieringsfrihet. Omfattningen av dessa undantag är dock svåra att fastställa, eftersom de flesta avgöranden rör mycket speciella situationer och de enskilda avgörandenas prejudikatvärde därför är begränsat.

Av de ovan nämnda tre stadgandena tar bara 16 § direkt sikte på användningen av förväxlingsbara kännetecken i det att användningen av sådana kännetecken generellt förbjuds. Stadgandet är emellertid bara tillämpligt på sådana kännetecken som enligt svensk terminologi utgör näringskännetecken och stadgandet kommer därför inte att närmare beröras i det följande.

Enligt generalklausulen i 1 § UWG kan alla konkurrenshandlingar som strider mot goda seder ("guten Sitten") förbjudas. Klausulen medför ett ganska omfattande skydd för varukännetecken. Skyddet kan åberopas både till förmån för kännetecken som är helt oskyddade enligt varumärkeslagen ("Warenzeichengesetz", WZG), och för kännetecken som visserligen skyddas enligt denna lag men där skyddet inte omfattar den aktuella situationen.

När användningen av ett visst kännetecken strider mot goda seder är mycket svårt att generellt fastställa. Skillnad måste framför allt göras mellan fall där ett varukännetecken direkt efterbildas och fall då ett märke utnyttjas på ett sådant sätt att dess goodwill skadas. I efterbildningsfallen gäller som huvudregel att användning av ett kännetecken som utgör resultatet av en efterbildning av ett sådant märke som allmänheten förbinder med ett visst kommer-

52. Baumbach-Hefermehl I, § 1 anm 379, 423, II § 25 anm 128, v Gamm, Die sklavische Nachahmung, GRUR 1978 s 454, Haß, Gedanken zur sklavischen Nachahmung, GRUR 1979 s 361, Hubmann, a a s 251. I uppsatsen Die sklavische Nachahmung, GRUR 1975 s 230 ff tar dock Hubmann de lege ferenda avstånd från denna åsikt och framhåller i stället att 1 § UWG bör fylla ut de luckor som, även för kvalificerade prestationer, finns i det immaterialrättsliga skyddet. Angående förhållandet mellan UWG och immaterialrätten, se också Bernitz, Marknadsrätt s 448 ff.
53. Baumbach-Hefermehl I, § 1 anm 423, v Gamm, a s.

siellt ursprung kan förbjudas, om användningen medför förväxlingsfara och det var möjligt och rimligt för den konkurrerande näringsidkaren att använda ett annat kännetecken.[54]

För att användningen av ett förväxlingsbart kännetecken skall kunna förbjudas är det emellertid inte alltid nödvändigt att kännetecknet är resultatet av en medveten efterbildning, utan det kan vara tillräckligt att kännetecknets innehavare inte upphör att använda kännetecknet när han upptäcker att hans användning tveklöst strider mot 1 § UWG[55]

Däremot måste alltid faktisk risk för förväxlingar föreligga.[56] Enbart förväxlingsavsikt hos den som använder ett efterbildat kännetecken är således inte tillräcklig.[57]

Med stöd av 1 § UWG kan som antytts också den goodwill ett kännetecken representerar skyddas mot olika typer av snyltning. Användningen av ett kännetecken som är så likt ett annat känt märke att användningen innebär ett otillbörligt utnyttjande av det senare märkets goodwill kan således i vissa fall förbjudas. Härför krävs i motsats till i efterbildningsfallen inte att någon förväxlingsfara uppstår.[58] Däremot fordras att det kännetecken vars goodwill utnyttjas inte bara symboliserar ett visst kommersiellt ursprung utan också att det uppfattas stå för en viss kvalitetsnivå eller dylikt.[59] Vidare krävs avsikt att på ett eller annat sätt utnyttja det äldre märkets goodwill. Det är således inte tillräckligt att ett goodwillutnyttjande oavsiktligt blir resultatet av den ifrågavarande handlingen.[60]

---

54. Baumbach-Hefermehl I, § 1 anm 423. Liknande Ulmer-Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG III s 184 ff. Från senare praxis t ex BGH i GRUR 1977 s 614 ("Gebäudefassade").
55. BGH i GRUR 1977 s 614 ("Gebäudefassade").
56. BGH i GRUR 1969 s 190 ("halazon").
57. Baumbach-Hefermehl I, § 1 anm 425, von Gamm, a a s 455, Hefermehl, anmärkning till "halazon"-avgörandet, GRUR 1969 s 193 f. Motsatt åsikt dock Schroeter, Ausstattungsanwartschaft und wettbewerbsrechtlicher Schutz von Kennzeichen, WRP 1968 s 435 ff.
58. Baumbach-Hefermehl I, § 1 anm 425, 493.
59. A a § 1 anm 495.
60. Bland de avgöranden som finns rörande den aktuella typen av kännetecknsanvändning kan nämnas BGH i GRUR 1965 s 601, ("roter Punkt"), GRUR 1966 s 30 ("Konservenzeichen"), GRUR 1966 s 38 ("Centra") och GRUR 1969 s 190 ("halazon").

Även användningen av sådana uttryck som "ersättning för X", "av typ X" o s v kan strida mot 1 § UWG, eftersom användningen av uttrycken anses kunna innebära ett otillbörligt utnyttjande av den goodwill som tillhör innehavaren av varumärke X.[61]

Det bör påpekas att ovanstående redogörelse för kännetecknsanvändning som strider mot 1 § UWG inte är fullständig.

Enligt 3 § UWG är det generellt förbjudet att i konkurrenssyfte använda sig av vilseledande uppgifter, särskilt bl a sådana som vilseleder om en produkts egenskaper och ursprung. Eftersom användningen av kännetecken som är förväxlingsbara med tidigare använda kännetecken kan vilseleda konsumenterna om de kännetecknade varornas kommersiella ursprung[62] är det ju i och för sig naturligt om användningen av sådana kännetecken i princip skulle strida mot 3 § UWG. Enbart ett vilseledande om en viss varas kommersiella ursprung är emellertid inte tillräckligt för att stadgandet skall bli tillämpligt. Anledningen torde framför allt vara att ett varukännetecken sällan utgör en uppgift i UWG:s mening.[63] Endast användningen av kännetecken som är förväxlingsbara med kvalificerade kommersiella ursprungsbeteckningar ("qualifizierter betrieblichen Herkunftsangaben") kan förbjudas. Som sådana ursprungsbeteckningar räknas varukännetecken (och näringskännetecken) som av en inte oväsentlig del av allmänheten uppfattas som symboler både för ett bestämt ursprung och för särskilt bra egenskaper eller kvalitet.[64] Det vanliga antagandet att ett varukännetecken symboliserar varor med vissa konstanta egenskaper, bra eller dåliga, är således inte tillräckligt för att sistnämnda krav skall vara uppfyllt. Till skillnad från i svensk juridisk litteratur avses alltså med begreppet "ursprungsbeteckningar" inte bara geografiska sådana.[65] Från praxis kan nämnas att kännetecknet WHITE HORSE för whisky har ansetts vara en kvalificerad ursprungsbeteckning.

---

61. Baumbach-Hefermehl I, § 1 anm 481.
62. Se ovan s 30 ff.
63. Baumbach-Hefermehl I, § 3 anm 258 ff.
64. A a § 3 anm 258 f, Ulmer-Reimer, a a s 473 ff.
65. Tidigare avsågs även i tysk litteratur med begreppet ursprungsbeteckningar främst geografiska sådana. Se ang utvecklingen, Ulmer-Reimer, a a s 473 ff. (Avsnittet är författat av Beier.)

Användningen av WHITE HORSE för kosmetika stred därför mot 3 § UWG.[66]

3.2.2.3 Amerikansk rätt

De amerikanska reglerna mot otillbörlig konkurrens, "unfair competition", kan delas in i tre olika grupper nämligen de skadeståndsrättsliga regler som utvecklat sig inom common law, federal lagstiftning och delstatlig lagstiftning. Av dessa grupper kommer den sistnämnda inte att behandlas här, eftersom delstatlig lagstiftning överhuvud taget inte berörs i detta arbete.[67] Trots att även de regler som utvecklats inom common law utgör delstatlig rätt, varje stat har således sin egen common law,[68] behandlas dock dessa, eftersom de på varumärkesområdet är av mycket stor betydelse.

Fundamental betydelse för omfattningen av det kännetecknsskydd som uppkommer vid sidan av de rena varumärkesreglerna har de principer som inom common law utbildats rörande den typ av skadeståndsgrundande handling som benämns "passing off" eller "palming off". Härmed menas att en näringsidkare marknadsför sina egna varor på ett sådant sätt att allmänheten får intrycket att de härrör från någon annan näringsidkare ("passing off one's goods as those of another"), dvs enligt svensk terminologi, att han vilseleder allmänheten om sina varors kommersiella ursprung. Den näringsidkare som felaktigt utpekas som varornas kommersiella ursprung kan då föra talan om förbud och skadestånd. Tidigare avsågs med "passing off" endast uppsåtligt handlande men så är oftast inte längre fallet.[69] De amerikanska domstolarna var länge obenägna att erkänna att även handlingar som inte inkluderar

66. BGH i GRUR 1966 s 267.
67. Se ovan s 16.
68. Denna för amerikansk rätt mycket viktiga princip fastslogs av Supreme Court i det kända avgörandet Erie Railroad Co v. Tompkins, 304 US 64, 114 ALR 1487 (1938).
69. McCarthy, a a vol 2 s 99 ff, 169 ff.
70. Se t ex det kända avgörandet American Washboard Co v. Saginaw Mfg Co, 103 F 281 (1900). Att även andra typer av handlingar än sådana som inkluderar "passing off" kan utgöra "unfair competition" kom för första gången till klart uttryck i avgörandet International News Service v. Associated Press, 248 US 215, 2 ALR 293 (1918). De nya lärorna hade dock länge ganska svårt att tränga igenom.

"passing off" kunde strida mot reglerna om "unfair competition"[70] och "passing off"-reglerna intar fortfarande en mycket central plats bland reglerna mot "unfair competition".[71]

Det är ju uppenbart att användningen av ett kännetecken som är förväxlingsbart med en annan näringsidkares använda kännetecken i praktiken i det närmaste alltid strider mot reglerna om "passing off". Eftersom i amerikansk rätt endast använda kännetecken kan erhålla varumärkesskydd men å andra sidan bara ibruktagande erfordras för skydd följer, att sådan användning av ett kännetecken som utgör varumärkesintrång regelmässigt också innefattar "passing off", dvs "unfair competition". Detta är också allmänt erkänt[72] och de kärande för därför i de allra flesta fall talan om varumärkesintrång och "unfair competition" parallellt.

Däremot gäller inte det omvända, dvs att alla fall av "unfair competition" också innefattar varumärkesintrång. Det förra är nämligen ett mycket vidsträcktare begrepp och kan föreligga inte bara när vilseledande om varors kommersiella ursprung uppkommer som en följd av användningen av i sig förväxlingsbara kännetecken, utan även om vilseledandet orsakas av andra likheter, t ex mellan förpackningarnas utseende, storlek, färg, form m m.[73]

Såvitt gäller sådana vilseledanden som uppkommer som en följd av användningen av förväxlingsbara varuutstyrslar avviker dock rättsläget från det ovan sagda. Detta följer av de mycket omdebatterade Sears- och Compco-avgörandena.[74]

Båda dessa avgöranden rörde efterbildningar av armaturer. Underrätterna ansåg i båda fallen att efterbildningarna stred mot reglerna om otillbörlig konkurrens. Supreme Court intog emellertid motsatt ståndpunkt och uttalade att marknadsföring av plagiat av objekt som är oskyddade enligt federal lagstiftning inte kan förbjudas med stöd av delstatliga regler.

Av rättsfallen följer att efterbildning av varuutstyrslar inte strider mot reglerna om "unfair competition". Avgörandena har dock i

71. Callman, vol 1 s 108 ff. McCarthy, a a vol 2 s 170 ff.
72. McCarthy vol 1 s 44 ff, vol 2 s 169 f. Callman, vol 1 s 108 ff är dock något mindre generell. Se dock även vol 3 s 935.
73. McCarthy, vol 1 s 44 ff.
74. Sears Roebuck & Co v. Stiffel Co, 376 US 225, 54 TMR 217 (1964) resp Compco Corp v. Day-Brite Lighting Inc, 376 US 234, 54 TMR 223 (1964).

allmänhet givits en restriktiv tolkning. Detta gör att de, såvitt gäller känneteckensrättsliga frågor, framför allt får betydelse för reglerna om varu- och förpackningsutstyrslar och de kommer därför endast att behandlas i detta sammanhang.[75]

Såvitt gäller den federala lagstiftningen finns två stadganden som här är av intresse, nämligen sec 43(a) Lanham Act och sec 5(a)(1) Federal Trade Commission Act (FTC Act). Sec 43(a) Lanham Act har en ställning som närmast utgör ett mellanting mellan 35 § VmL och 2 § MFL. Trots sin placering i Lanham Act är bestämmelsens tillämplighetsområde inte begränsat till varukännetecken. Stadgandet har följande lydelse:

"Any person who shall affix, apply, or annex, or use in connection with any goods or services, or any container or containers for goods, a false designation of origin, or any false description or representation, including words or other symbols tending falsely to describe or represent the same, and shall cause such goods or services to enter into commerce, and any person who shall with knowledge of the falsity of such designation of origin or description or representation cause or procure the same to be transported or used in commerce or deliver the same to any carrier to be transported or used, shall be liable to a civil action by any person doing business in the locality falsely indicated as that of origin or the region in which said locality is situated, or by any person who believes that he is or is likely to be damaged by the use of any such false description or representation."

Bland de förfaranden som faller under bestämmelsen återfinns bland annat användningen av sådana beteckningar m m som anger eller är ägnade att uppfattas som angivande ett oriktigt kommersiellt ursprung, eftersom dylika beteckningar anses utgöra "false description(s) or designation(s)".[76] Av lagtexten framgår vidare att faktiska vilseledanden inte behöver uppkomma. Det är tillräckligt att ett beaktansvärt antal personer kan komma att vilseledas.[77] Som

75. Se nedan s 181 ff.
76. Se härom särskilt Bloom, The Lanham Trademark Act, Section 43(a) — A Tripartite System of Competitive Self-Regulation, 15 Patent Law Annual s 245 ff (1977), McCarthy, a a vol 2 s 254 f. Banbrytande är rättsfallet Federal-Mogul-Bower Bearings Inc v. Azoff, 136 USPQ 500 (1963).
77. Germain, Unfair Trade Practices Under Section 43(a) of the Lanham Act: You've Come A Long Way, Baby — Too Far, Maybe?, 64 TMR s 208 (1974), Rosden, The Law of Advertising, s 11—22.

"måttstock" används härvid personer som anses som "reasonable men". Det faktiska eller förväntade vilseledandet måste vara så betydande att det är troligt att det kan komma att påverka produktvalet.[78] Något uppsåt att vilseleda behöver dock inte föreligga.[79]

Ovanstående innebär att sec 43(a) Lanham Act i många fall är tillämplig på vanliga varumärkesintrång parallellt med de ordinarie reglerna. Stadgandets tillämplighet är dock inte begränsad till sådana fall utan är vidsträcktare,[80] eftersom det, i likhet med vad som gäller för "passing off", inte är någon förutsättning att vilseledandet om varornas kommersiella ursprung uppkommer som en följd av användningen av ett kännetecken som uppvisar likheter med ett skyddat varumärke.

De flesta reglerna i FTC Act har till syfte att reglera förfarandet vid Federal Trade Commission (FTC), ett organ som kan sägas utgöra en motsvarighet både till NO och KO. FTC började dock sin verksamhet redan 1914 och är således betydligt äldre. I FTC Act finns emellertid även stadganden med materiellt innehåll. I sec 5(a)(1) stadgas:

"Unfair methods of competition in commerce, and unfair or deceptive acts or practices in commerce, are hereby declared unlawful."

Enligt stadgandet kan således både konkurrensbegränsande handlingar och handlingar som utgör otillbörlig konkurrens förbjudas. I båda dessa hänseenden övervakar FTC stadgandets efterlevnad.[81]

78. Germain, a a s 208 f.
79. Germain, a a s 213, McCarthy, a a vol 2 s 255.
80. Germain, a a s 210 f, McCarthy, a a s 254 f. Genomgångar av praxis finns i Bloom, a a s 227 ff, 245 ff, Germain, a a s 209 ff, McCarthy, a a s 256 ff. I TMR återfinns också årligen en genomgång av föregående års varumärkespraxis. I dessa genomgångar upptas avgöranden enligt sec 43(a) under en särskild rubrik. De senaste fem årens redogörelser finns i 65 TMR s 437 ff (1975), 66 TMR s 411 ff (1976), 67 TMR s 564 ff (1977), 68 TMR s 827 ff (1978), 69 TMR s 608 ff (1979).
81. På konkurrensbegränsningsområdet övervakar FTC också efterlevnaden av Clayton Act men däremot inte Sherman Act. Angående FTC, dess verksamhet på konkurrensbegränsningsområdet och dess förhållande till andra myndigheter på detta område, se Bernitz, Marknadsrätt s 260 ff. Allmänt om FTC, dess tillkomst, jurisdiktion och förfarandet där, ex Callman, vol 4 s 427 ff, Kintner, An Antitrust Primer s 142 ff.

Det står helt klart att "passing off" kan strida mot sec 5(a)(1).[82] FTC, som är ensamma om att kunna föra talan med stöd av denna paragraf, utnyttjar dock denna möjlighet i relativt få sådana fall. Anledningen härtill är svår att finna. Med tanke på det mycket stora antal fall där varumärkesinnehavaren själv för talan om varumärkesintrång eller "passing off" kan det möjligen vara så att det inte blir så många tillfällen över för FTC att gripa in i. Ett beslut att väcka talan fattas sannolikt vanligen betydligt snabbare av en näringsidkare än av FTC. En annan förklaring kan vara att kommissionen relativt sällan finner att ett ingrepp i tillräcklig hög grad är av intresse för konsumenterna. Enligt sec 5(b) FTC Act har kommissionen bara möjlighet att gripa in när så är befogat på grund av allmänt intresse ("interest of the public"). En sådan bedömning skulle dock, enligt den analys som ovan gjorts, innebära en underskattning av konsumentintresset på området.

Tillämpligheten av sec 5(a)(1) går emellertid utöver de fall som utgör varumärkesintrång. Främsta anledningen till detta är att vilseledandet om varornas kommersiella ursprung inte behöver ha sin grund i användningen av ett kännetecken som är förväxlingsbart med annans skyddade varumärke.[83] Vidare är att märka att den tänkta person som används som bedömningsstandard vid avgörandet av om vilseledanden kan uppkomma är en "less than reasonable man".[84] Avslutningsvis kan nämnas att talan enligt sec 5(a)(1) inte förutsätter att någon konsument eller näringsidkare har lidit skada.

3.2.2.4 Pariskonventionens art 10 bis

Ovan berörda regler bör ses mot bakgrund av Pariskonventionens art 10 bis där det föreskrivs att unionsländerna är pliktiga att tillförsäkra personer som tillhör något unionsland ett verksamt skydd mot illojal konkurrens. Som sådan räknas alla handlingar som strider mot god affärssed. Medlemsländerna avgör själva vad som

82. Hänvisningar till praxis finns bl a hos Alexander, Honesty and Competition s 159 ff, Kintner, a a s 188 ff, Rodsen, a a s 24—1 f.
83. Rosden, a a s 24—2.
84. A a s 18—8 ff.

utgör illojal konkurrens. Vid avgörandet av vad som utgör god affärssed skall dock även viss hänsyn tas till de värderingar som gäller internationellt.[85] I artikel 10 bis stadgas uttryckligen att handlingar av beskaffenhet att framkalla förväxlingar med en konkurrents företag, varor eller verksamhet alltid skall förbjudas. Det spelar härvid ingen roll vilka medel som används för att framkalla förväxlingarna.

Pariskonventionen lämnar det öppet åt medlemsstaterna att själva besluta hur skyddet mot förväxlingar skall utformas. Det finns således inget tvång att ha en särskild bestämmelse härom vid sidan av den rena känneteckenslagstiftningen. Konventionens uppbyggnad tyder dock på att detta förutsätts vara den normala modellen, bl a eftersom förväxlingsreglerna intagits i samma artikel som förbudet mot andra handlingar som strider mot god affärssed, t ex förbudet att vilseleda allmänheten rörande varors beskaffenhet m m och inte i någon av de artiklar som föreskriver ett visst minimiskydd för varumärken och andra kännetecken. Om den rena varumärkeslagstiftningen innehåller några begränsningar av vilka objekt som kan skyddas som varukännetecken är det också uppenbart att lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens måste ge ett kompletterande skydd. I art 10 bis stadgas nämligen uttryckligen att framkallandet av förväxlingar skall kunna förbjudas oavsett vilket objekt som grundar förväxlingen.[86]

3.2.2.5 Sammanfattning och slutsatser

Som framgått av ovanstående redogörelse är det i andra länder inte ovanligt att lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens innehåller regler som ger ett kompletterande skydd för varukännetecken vid sidan av det som ges i den rena varumärkeslagstiftningen. Dessa kompletterande regler kan i stort sett indelas i två olika huvudgrupper.

Enligt den första huvudgruppen strider det principiellt mot reglerna

85. Bodenhausen, a a s 144, Eberstein, Generalklausulen mot illojal konkurrens och Pariskonventionen, NIR 1951 s 3.
86. Ang frågan om art 10 bis allmänt medför att medlemsstaternas lagstiftning måste innehålla en generalklausul mot illojal konkurrens, se SOU 1966: 71 s 251, Bernitz, a a s 468 ff, Eberstein, a a s 1 ff.

om otillbörlig konkurrens att använda förväxlingsbara kännetecken eller på annat sätt vilseleda konsumenterna om olika varors kommersiella ursprung. Avgörande vikt fästs vid effekterna av en viss marknadsföringsåtgärd. Bestämmelserna i den rena varumärkeslagstiftningen framstår som specialregler, närmast schablonregler, som primärt tar sikte på ett visst sätt att åstadkomma ifrågavarande vilseledande, nämligen genom användningen av liknande varukännetecken. Principiellt förbjuder således varumärkeslagstiftningen normalt endast förfaranden som också strider mot lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens. Det är emellertid inte ovanligt att varumärkeslagstiftningen, såvitt gäller viss kännetecken-sanvändning, är strängare. Även sådan kännetecken-sanvändning som inte kan leda till några vilseledanden om kommersiellt ursprung och som således inte heller kan strida mot lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens kan ibland utgöra varumärkesintrång. Det vanligaste exemplet är att användningen av kännetecken som är förväxlingsbara med registrerade men ej använda märken är otillåten.

Typexemplet på regler som hör till denna grupp är de amerikanska reglerna om "passing off". Hit hör emellertid även 5 § i den danska markedsføringsloven och, såvitt angår andra kännetecken än varukännetecken, 16 § UWG. Till skillnad från dessa stadganden tar sec 43(a) Lanham Act och sec 5(a)(1) FTC Act inte särskilt sikte på användningen av förväxlingsbara kännetecken, men i praxis har sådan användning ansetts medföra så allvarliga men för allmänheten att den bedömts strida mot dessa bestämmelser.

En grundtanke bakom denna huvudgrupp av regler, särskilt de i amerikansk rätt, är att både allmänheten och näringsidkarna lider skada av sådana förväxlingar som leder till vilseledanden om kommersiellt ursprung. Därför har det blivit nödvändigt att fästa avgörande vikt vid det som är väsentligt för båda dessa grupper, nämligen effekterna av kännetecken-sanvändningen, och låta detta vara det rekvisit som ensamt avgör om en viss åtgärd är rättsstridig eller inte.

Enligt den andra huvudgruppen av regler anses användningen av kännetecken som har likheter med andra näringsidkares kännetecken inte i sig stridande mot reglerna om otillbörlig konkurrens, utan härför krävs dessutom att användningen framstår som etiskt

särskilt klandervärd. Vanligtvis är det härvid främst fråga om handlingar som framstår som särskilt otillbörliga gentemot konkurrerande näringsidkare. Ofta krävs för förbud inte nödvändigtvis att fara för förväxlingar uppkommer. Stadganden av denna typ brukar innehålla ett förbud mot handlingar som strider mot "goda seder" eller dylikt. I allmänhet synes reglerna främst ha tillkommit i näringsidkarnas intresse. Hit kan bland andra 1 § i den danska markedsføringsloven och 1 § i den norska lov om kontroll med markedsføring räknas. Till denna grupp hör principiellt också 1 § UWG. Redan framkallandet av förväxlingar synes dock enligt detta stadgande bedömas som etiskt så klandervärt att stadgandet i praktiken närmast är att hänföra till föregående grupp. En mellanställning intar 9 § i den norska lov om kontroll med markedsføring som för sin tillämpning förutsätter dels att det är fråga om att genom efterbildning på ett orimligt sätt utnyttja en annans insats, dels att förväxlingar uppkommer.[87]

Mot bakgrund av ovanstående framstår de uttalanden som i propositionen till ÄMFL gjordes angående nuvarande 2 § MFL:s tillämplighet på varumärken som mycket restriktiva. Skydd mot sådan känneteckensanvändning som utan att medföra förväxlingsfara framstår som etiskt oförsvarlig gentemot konkurrerande näringsidkare utesluts fullständigt. Detta har också mindre intresse från konsumentsynpunkt. Olyckligare är däremot att uttalandet om möjligheten till ingrepp mot sådan känneteckensanvändning som medför fara för förväxlingar och därmed även fara för vilseledanden om kommersiellt ursprung fått en så restriktiv utformning. Det sagda gäller i och för sig inte uttalandets ordalydelse i sig. Denna tyder tvärtom på att möjligheterna till ingrepp är stora. Däremot får man vid en läsning av hela det avsnitt som behandlar MFL:s förhållande till VmL intrycket att lagstiftaren har åsikten att det är sällsynt med sådana situationer där vilseledanden om kommersiellt ursprung får negativa konsekvenser för konsumenterna. Detta står i direkt motsats till resultatet av analysen i före-

87. Ovanstående analys leder alltså fram till att 9 § i lov om kontroll med markedsføring i högre grad än 1 § tar tillvara konsumenternas intresse, eftersom förekomsten av risk för förväxlingar har större betydelse vid bedömningen enligt det förstnämnda stadgandet. Lagstiftarens syfte var dock det motsatta.

gående kapitel. Den här företagna genomgången av lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens visar också att lagstiftaren i flera länder har funnit det motiverat att i denna lagstiftning ge ett kompletterande skydd gentemot vilseledanden om kommersiellt ursprung.

3.3 De typer av objekt som kan erhålla skydd

3.3.1 Varumärkeslagen

Enligt varumärkeslagen kan alla typer av objekt erhålla skydd som varukännetecken. Möjligheten att få skydd genom registrering är dock begränsad till de typer av objekt som anges i 1 §, 2 st VmL nämligen: figurer, ord, bokstäver, siffror samt säregna varu- och förpackningsutstyrslar.[1] En generell förutsättning för registrering är att kännetecknet har särskiljningsförmåga, 13 § VmL. För bokstavs- och siffermärken uppställs särskilt höga krav genom att de endast kan registreras om de genom inarbetning visats äga särskiljningsförmåga, 13 §, 2 st VmL. Kännetecken som endast består av något som är ägnat att uppfattas som sökandens släktnamn eller hans släktnamn jämte förnamn, initialer, titel eller dylikt eller såsom firma kan överhuvudtaget ej registreras, 13 §, 3 st VmL. En näringsidkares släktnamn och firma skyddas emellertid oavsett registrering eller inarbetning, 3 § VmL.[2]

Samtliga ovan nämnda objekt kan även erhålla skydd genom inarbetning. Inarbetningsskydd står också öppet för alla andra typer av objekt, 2 §, 2 st VmL. Som exempel anges i lagen slagord och i varumärkes- och firmautredningens betänkande därutöver

"utstyrsel av annonser, affärsbrev, kataloger och annat affärstryck samt skyltar, affärsvagnar, utstyrsel av affärslokal eller serviceanläggning, den anställda personalens särskilda klädsel eller särpräglade anordningar i samband med fönsterskyltning o s v".[3]

1. Enligt ÄVmL var registreringsskydd förbehållet en snävare krets av objekt. Se härom bl a SOU 1958: 10 s 92 ff, Heiding, avh s 136 ff.
2. Enligt 3 §, 1 st i den danska varumärkeslagen är vidare namnet på fast egendom som en näringsidkare innehar skyddat som varumärke oavsett registrering och användning. Jfr 1 § ÄVmL.
3. SOU 1958: 10 s 110. Skälet till att dessa objekt ej kan registreras är huvudsakligen att en sådan möjlighet bedömdes som tekniskt alltför betungande för patentverket, se a a s 108 ff. Det kan dock diskuteras huruvida det från denna synpunkt är svårare att registrera kataloger, utformningen av affärsbrev m m än varu- och förpackningsutstyrslar.

De danska och norska varumärkeslagarna avviker på denna punkt från den svenska genom att även slagord kan registreras. Uppräkningen av registrerbara objekt anses inte heller, åtminstone inte teoretiskt, uttömmande.[4] Den finska lagen överensstämmer däremot med den svenska.

Som redan omtalats[5] saknas i tysk rätt uttryckliga bestämmelser om vilka typer av objekt som kan skyddas. Att registrering kan ske av ord, korta satser (d v s även vissa slagord), bokstäver, siffror, figurer och kombinationer därav är emellertid helt klart.[6] Däremot kan inga tredimensionella objekt registreras,[7] en regel som utsatts för mycket kritik.[8] Detta medför bl a att varu- och förpackningsutstyrslar är oregistrerbara. Indirekt kan emellertid sådana objekt få skydd genom att en avbildning av dem registreras.[9]

Det skydd som genom användning uppkommer med stöd av 25 § WZG står däremot öppet för alla objekt som har särskiljningsförmåga. Skyddet tar således, trots beteckningen "Ausstattungsschutz", inte bara sikte på varu- och förpackningsutstyrslar. Med stöd av 25 § WZG kan därför även mer ovanliga typer av märken som t ex hörselmärken få skydd.

Vilka objekt som i amerikansk rätt kan erhålla skydd som varumärke har redan berörts i avsnittet om varumärkets definition.[10] I sec 45 Lanham Act anges att ett varumärke kan bestå av

"any word, name, symbol or device or any combination thereof".

I definitionen på servicemärke anges indirekt att sådan dessutom kan bestå av

"titles, character names and other distinktive features of radio and television programs".

Som redan omtalats är uppräkningen i Lanham Act inte fullständig, utan även andra typer av objekt kan erhålla skydd och även

4. Kobbernagel II s 31.
5. Se ovan s 22.
6. Baumbach-Hefermehl II, § 1 anm 64 ff.
7. A a § 1 anm 68.
8. Se de i a anm omtalade arbetena och även Droste-Busch, Zum Schutz dreidimensionaler Zeichen, GRUR 1975 s 338 ff.
9. Baumbach-Hefermehl II, § 1 anm 68.
10. Ovan s 22 ff.

registreras såvida de har särskiljningsförmåga.[11] Detta gäller t ex för bokstäver, siffror, slogans och olika typer av figurer.[12] Genom de kända Sears-[13] och Compco-[14] avgörandena har emellertid möjligheterna att skydda utstyrslar som består av varans egen utformning begränsats och rättsläget angående förpackningsutstyrslar blivit osäkert.[15]

I Sverige, liksom övriga nordiska länder, kan således alla typer av objekt erhålla skydd såsom varukännetecken och även i Tyskland och USA kan ett vitt spektrum av objekt erhålla sådant skydd. Rättsläget utgör resultatet av en kontinuerlig utveckling mot att erkänna fler och fler typer av objekt som skyddsvärda.[16] Mot bakgrund av det i föregående kapitel sagda[17] kan alltså konstateras att utvecklingen på denna punkt gått i en för konsumenterna fördelaktig riktning.

Det förhållandet att alla typer av objekt kan erhålla skydd behöver dock inte betyda att alla använda varukännetecken också får skydd i den utsträckning som krävs för att förhindra förväxlingar. Andra regler kan nämligen finnas som medför att skyddet i praktiken blir mindre omfattande än som tycks vara fallet vid ett mer ytligt betraktande. I det följande skall därför undersökas huruvida de rekvisit som uppställs för att ett kännetecken skall anses inarbetat är så stränga att även kännetecken som kan ge upphov till ett beaktansvärt antal förväxlingar utestängs från skydd, om kravet på särskiljningsförmåga tolkas så strängt att även vissa kännetecken som faktiskt fyller en särskiljningsfunktion vägras skydd samt vilken betydelse regeln i 5 § VmL har, vilken anger att sådana delar av ett varukännetecken som huvudsakligen fyller annan uppgift än att vara kännetecken är uteslutna från skydd. Dessförinnan skall dock MFL:s regler behandlas.

---

11. In re Kotzin, 125 USPQ 347 (1960), 52 TMR 55 (1962).
12. Se t ex McCarthy, vol 1 s 152 ff.
13. Sears Roebuck & Co v. Stiffel Co, 376 US 225, 54 TMR s 217 (1964).
14. Compco Corp v. Day- Brite Lighting, 376 US 234, 54 TMR 223 (1964).
15. Se närmare nedan s 81 ff.
16. Beier, Objectives and Guiding Principles of the Future European Trademark Law, IIC 1977 s 22 f.
17. Se ovan s 45 ff.
18. NIR 1971 s 119 (uppsåtligt vilseledande användning av kännetecknet CARLSSON för högtalare), MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410, SPARKRONAN).

3.3.2 Marknadsföringslagen

Frågan om vilka typer av objekt som kan användas på ett sådant sätt att de orsakar vilseledanden om kommersiellt ursprung berörs överhuvudtaget inte i förarbetena till MFL.

Eftersom användningen av förväxlingsbara objekt av alla olika typer kan orsaka sådana vilseledanden, måste emellertid ingrepp kunna ske oavsett vilken typ det objekt utgörs av som grundar vilseledandet. I art 10 bis ParisK föreskrivs som nämnts att unionsländerna är skyldiga att förbjuda alla handlingar av beskaffenhet att framkalla förväxlingar med en konkurrents företag, varor eller verksamhet och detta oavsett vilka medel som använts för att framkalla förväxlingen. Även principen om fördragskonform lagtolkning talar således för att ingrepp kan ske oavsett vilken typ av objekt det är fråga om. Marknadsdomstolen synes också ha tagit detta för självklart. I praxis har hittills förbud mot fortsatt användning utfärdats för objekt av följande typer; ord,[18] bokstäver,[19] utstyrslar av varor[20] och utstyrslar av förpackningar.[21]

Rättsläget synes vara detsamma även i de övriga nordiska länderna. Såvitt gäller norsk rätt framgår detta direkt av ordalydelsen hos 9 § i loven om kontroll med markedsføring där det sägs att användningen av "etterliknede kjenntegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller *andre frembringelser*" (understruket här) som resulterar i eller medför fara för förväxlingar kan förbjudas. Någon motsvarande uttrycklig bestämmelse finns däremot varken i den danska markedsføringsloven, i den finska konsumentskyddslagen eller i den likaså finska lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet. Av praxis framgår emellertid att enligt markedsføringsloven ingrepp kan ske mot alla typer av objekt.[22] Någon vägledande finsk praxis torde däremot ej finnas vid sidan av det

19. MD 1973: 15 (= NIR 1973 s 462, PKF 1973: 7—8 s 107, AGI).
20. MD 1972:10 (= NIR 1972 s 463, PKF 1972: 9 s 90, Catalina-fallet, en flygfisk på fodret till en jacka).
21. MD 1974: 5 (= NIR 1974 s 330, PKF 1974: 5—6 s 83, Blominfallet, Växt-Vitalförpackningen).
22. Av UfR 1971 s 267 (= NIR 1972 s 413) framgår att även utstyrseln av en butikslokal i princip kunde erhålla skydd enligt 9 § konkurrenceloven. I det aktuella fallet ansågs emellertid förutsättningarna härför inte uppfyllda. Praxis enligt konkurrenceloven torde i detta hänseende ha behållit sitt värde, se ovan s 131.

ovan nämnda avgörandet om slavisk efterbildning av en fritidsbåt.[23]

Möjligheterna att ingripa enligt den tyska UWG är inte heller begränsad till några särskilda typer av objekt utan det avgörande är om objektet kan fungera som kännetecken.[24]

Lika lite är de amerikanska reglerna om "passing off" eller "palming off" begränsade till vissa typer av objekt. Tvärtom anses dessa regler bland annat ha till funktion att komplettera det skydd gentemot vilseledanden om kommersiellt ursprung som reglerna om varumärkesintrång ger.[25] Eftersom "passing off" även kan angripas med stöd av sec 43 (a) Lanham Act och sec 5 (a) (1) FTC Act gäller motsvarande även enligt dessa stadganden.[26] Som en följd av Sears- och Compco-avgörandena[27] kan dock användningen av förväxlingsbara utstyrslar av varorna inte hindras med stöd av common laws regler om "palming off".[27]

Regeln att MFL är tillämplig på vilseledanden om kommersiellt ursprung oavsett vilken eller vilka typer av objekt som grundar vilseledandet står således i full överensstämmelse med rättsläget i flera andra länder.

3.4 Närmare om vissa förutsättningar för skydd

3.4.1 Varumärkeslagen

3.4.1.1 Inarbetningskriteriet

Ovan har konstaterats[1] att från konsumentsynpunkt endast använda varukännetecken har något direkt behov av skydd, men att det å andra sidan är viktigt att alla kännetecken som används i någon mer betydande omfattning verkligen också skyddas. Dessa förhållanden samverkar till att göra inarbetningskriteriets utformning av

23. Se ovan s 134.
24. Baumbach-Hefermehl, I § 1 anm 424. Som exempel på ett ovanligt objekt kan nämnas att användningen av en förväxlingsbar husfasad av BGH ansetts strida mot 1 § UWG, se GRUR 1977 s 614.
25. McCarthy, a a vol 1 s 229 ff.
26. Se ovan s 144 ff. Såvitt gäller ingrepp enligt FTC Act se även Alexander, a a s 159 ff med hänvisning till praxis.
27. Sears Roebuck & Co v. Stiffel Co, 376 US 225, 54 TMR 217 (1964) resp Compco Corp v. Day-Brite Lighting Inc, 376 US 234, 54 TMR 223 (1964).

1. Se ovan s 30 ff.

väsentlig betydelse från konsumentsynpunkt. Om stränga krav uppställs för att ett kännetecken skall anses inarbetat blir följden, att det kan saknas möjlighet att ingripa även mot en kännetecknsanvändning som ger upphov till ett mycket beaktansvärt antal förväxlingar.

Enligt 2 §, 3 st VmL skall

"ett kännetecken anses inarbetat, om det här i riket bland dem, till vilka det riktar sig, är allmänt känt som beteckning för innehavarens varor."

Inarbetningskriteriet går således ut på att en viss grad av kännedom om kännetecknet skall ha uppkommit inom en bestämd krets av personer. Kriteriet är i princip detsamma även i de övriga nordiska ländernas varumärkeslagar även om dess språkliga utformning varierar.

Den aktuella personkretsen, som brukar benämnas omsättningskretsen, beskrivs således i lagtexten med orden "dem, till vilka det (d v s kännetecknet, min anm) riktar sig". Lagtextens ordalydelse anger således att omsättningskretsen utgörs av kännetecknets målgrupp. Angående omsättningskretsens omfattning uttalade varumärkes- och firmautredningen bl a:[2]

"Sammansättningen av omsättningskretsen kan variera beroende på det eller de varuslag kännetecknet gäller. Vanligen består omsättningskretsen såväl av de slutliga förbrukarna av varan i fråga som av dem vilka i något skede av distributionen taga befattning med varor av detta slag, generalagenter, importörer, grossister, detaljhandlare, expediter o.s.v. Omsättningskretsen består med andra ord i allmänhet av konsumenterna samt av de olika företrädarna för den bransch till vars sortiment varan hör. Med konsumenter avses härvid den del av allmänheten som normalt kan beräknas tillhandla sig varan i fråga samt, där varan icke som sådan når den stora allmänheten, de företag där den bearbetas, förädlas, begagnas eller förbrukas, såsom är fallet med åtskilliga råmaterial, kemikalier, maskiner och apparater samt delar och tillbehör till sådana o.s.v."

Det citerade avsnittet är tyvärr något otydligt varför en viss osäkerhet om omsättningskretsens rätta avgränsning kommit till uttryck.[3]

2. SOU 1958: 10 s 222.
3. Tengelin, Inarbetning av kännetecken, NIR 1975 s 372 f.

Klart är att omsättningskretsen består av två olika grupper, nämligen en förbrukargrupp och en branschgrupp. Till den senare hör alla som genom att delta i varans tillverkning eller distribution m m är verksamma inom den bransch varan tillhör. Även personer som utan att arbeta med varor av det aktuella märket är verksamma i branschen ingår således i omsättningskretsen. Otydligheten ligger däri att det först anges att konsumentgruppen endast består av de personer som förbrukar varan ifråga, d v s de faktiska konsumenterna, medan det därefter sägs att konsumentgruppen utgörs av de som normalt kan beräknas tillhandla sig varan, d v s både av faktiska och potentiella konsumenter.

Eftersom domstolarna i inarbetningsfrågor tyvärr brukar begränsa sig till att konstatera huruvida kännetecknet är inarbetat eller ej ger praxis föga ledning.[4] Den praxis som finns tyder dock på att konsumentdelen av omsättningskretsen brukar anses bestå av såväl förbrukare av det aktuella märket som förbrukare av andra märken av samma varuslag. Förbrukarkretsen för kännetecknet LJUNGLÖFS för snus har således ansetts bestå av "konsumenter av snus"[5] och för kooperativa förbundets firmaförkortning KF av "stora delar av befolkningen i landet".[6]

Det synes också uppenbart att även personer som ej är faktiska förbrukare av märket ifråga ingår i omsättningskretsen.[7] I förarbetena till varumärkeslagen anges att genom omfattande reklam

4. Så t ex av alla domstolarna i NJA 1977 s 479 (= NIR 1978 s 236, TV-LINDSTRÖM).
5. RÅ 1970 s 74 (= NIR 1971 s 328).
6. NJA 1941 s 672 (= NIR 1942 s 91). I såväl Malmö tingsrätts dom 1.10. 1974, dt 102, som Stockholms tingsrätts dom 27.6.1975, dt 32, vilka båda rörde inarbetning av varumärket 21 TWENTY ONE, ansågs omsättningskretsen bestå av yngre kvinnor.
7. Heiding är i sin avhandling såvitt gäller IKL:s inarbetningskriterium otydlig på motsvarande sätt som varumärkes- och firmautredningen. På s 103 sägs att det är förbrukarna av kännetecknensinnehavarens varor som ingår i omsättningskretsen medan det på s 104 talas om "eventuella köpare". För nu gällande rätts del anger Heiding att för en detaljhandlares kännetecken ingår "de slutliga förbrukarna" i omsättningskretsen, Sv vm-rätt s 14. I förslaget till firmalag, SOU 1967: 35 s 166, anses att ett näringskännetecknens omsättningskrets "består av den allmänhet som normalt kan beräknas tillgodogöra sig företagets verksamhet samt av de olika företrädarna för den bransch inom vilken företaget är verksamt". Även potentiella konsumenter ingår således i omsättningskretsen.

m m inarbetning även kan ske av ett kännetecken som symboliserar en vara som ej börjat saluföras.[8] Om enbart faktiska förbrukare av varan ingår i omsättningskretsen skulle någon konsumentgrupp inte finnas för sådana märken. Påbörjandet av produktens försäljning skulle då närmast få en negativ effekt på inarbetningen, vilket uppenbarligen är orimligt. Det framstår också som självklart att ett kännetecken för t ex en bil inte kan anses inarbetat så snart kännetecknet är allmänt känt bland dem som köpt en bil av märket ifråga. Det måste även beaktas att ett kännetecken kan fylla en särskiljningsfunktion även för de personer som inte är faktiska förbrukare av produkten ifråga, eftersom kännetecknet gör det möjligt för konsumenterna att undvika denna vara. Det synes även osannolikt att varumärkes- och firmautredningen, utan att särskilt påpeka det, ansåg att branschdelen av omsättningskretsen skall bestå både av personer som är verksamma med varor som kännetecknas av det aktuella märket och personer som inte är det, medan konsumentsidan enbart skall bestå av de faktiska förbrukarna av varan.

Som jämförelse kan nämnas att vid fastställandet av om en "Ausstattung" har blivit tillräckligt känd för att skyddas, om den har erhållit "Verkehrsgeltung", hänsyn tas till kännedom både hos faktiska och potentiella konsumenter.[9]

Konsumentdelen av omsättningskretsen är emellertid inte begränsad till förbrukarna av varuslaget i fråga, utan hit hör dessutom de personer som står i begrepp att börja konsumera sådana varor. Reklam för ett märke riktar sig ju även, ja ofta till och med i första hand, till dessa personer. För en produkt som t ex bilar är det ju uppenbart att marknadsföringen i allmänhet inte riktar in sig på de personer som just köpt en vara av det aktuella slaget, utan istället på dem som står i begrepp att göra det. Holmqvist har uttalat[10] att till omsättningskretsen för ett kännetecken som symboliserar bilar räknas inte bara de som står i begrepp att köpa bil utan också de som överhuvudtaget är motortekniskt intresserade.

8. SOU 1958: 10 s 221.
9. Baumbach-Hefermehl II, § 25 anm 42, Noelle-Naumann-Schramm, Höhe der Verkehrsgeltung, GRUR 1966 s 74 ff.
10. Om inarbetning av varukännetecken, NIR 1975 s 268.

Alla personer som teoretiskt kan tänkas komma att köpa en produkt av det aktuella slaget ingår dock inte i omsättningskretsen, utan det måste utåt framstå som någorlunda sannolikt att ett inköp kommer att ske inom en viss tidsrymd. Denna bör vara kortare för kännetecken som representerar dagligvaror än för kännetecken som symboliserar sällanköpsvaror, eftersom köpprocessen är olika för dessa båda grupper av varor. Vissa produkter, som t ex alkohol- och tobaksvaror, har dock sådan karaktär att en del personer, av närmast principiella skäl, varken förbrukar eller kan tänka sig att förbruka dem. Sådana personer bör givetvis alltid stå utanför omsättningskretsen. Likaledes ingår naturligtvis inte t ex personer som inte har småbarn i omsättningskretsen för kännetecken som representerar barnmat eller personer som saknar bil i omsättningskretsen för kännetecken för bilreservdelar. Ovanstående innebär dock ändå att i princip hela den vuxna befolkningen ingår i omsättningskretsen för kännetecken som symboliserar livsmedel.[11]

Den grad av kännedom om kännetecknet som krävs för att detta skall vara inarbetat anges i lagtexten med orden "allmänt känt".[12] Angående innebörden av detta uttryck uttalade varumärkes- och firmautredningen:[13]

"I kravet på att kännetecknet skall vara *allmänt känt* får icke inläsas en fordran att var och en inom omsättningskretsen skall känna till det. Icke heller kan fordras att en viss procentuell del av de berörda, exempelvis minst hälften, har dylik kännedom. Begreppet allmänt känt låter sig icke precisera på dylikt sätt. Det måste emellertid alltid krävas, att en så avsevärd del av omsättningskretsen känner till kännetecknet, att detta redan till följd härav erhållit ett påtagligt goodwillvärde. Detta betyder emellertid ej att varan som sådan måste ha anseende som kvalitetsprodukt eller att kännetecknets innehavare behöver åtnjuta särskilt gott renommé. Sådana värderingar ha icke någon relevans vid bedömningen av frågan om inarbetning föreligger eller icke."

Utredningen, och även departementschefen i propositionen,[14] tog således avstånd från alternativet att tolka inarbetningskriteriet så

11. Detta överensstämmer också med vad som gäller i tysk rätt, se Baumbach-Hefermehl II, § 25 anm 42, Noelle-Naumann-Schramm, a a s 74 ff och från praxis bl a BGH i GRUR 1960 s 130 (Sunpearl II), BGH i GRUR 1963 s 622 (Sunkist) och BGH i GRUR 1971 s 305 (Konservenzeichen II).

att alla kännetecken som är kända av mer än ett visst procenttal av omsättningskretsen är inarbetade.[15] Uttalandet tyder närmast på att utredningen ansåg att ett visst procenttal inte ens kan uppställas i ett konkret fall. Sistnämnda tolkning står emellertid i direkt motsats till lagens ordalydelse och kan därför varken accepteras eller antas vara avsedd.

Även kravet att kännetecknet skall ha erhållit ett "påtagligt goodwillvärde" saknar helt stöd i lagtexten.[16] Såsom indirekt framgår av det citerade uttalandet kan ett flertal olika sinsemellan självständiga omständigheter ha betydelse för uppkomsten och storleken av ett kännetecknes goodwill (och för den delen även "badwill"). Bland dessa omständigheter kan nämnas den varutyp kännetecknet symboliserar, kännedomen om kännetecknet, varans kvalitet, kännetecknsinnehavarens renomé m m. Vid avgörandet av huruvida ett kännetecken är inarbetat eller ej skall emellertid bara den goodwill som uppkommit med stöd av kännedomen om kännetecknet tillmätas betydelse. Särskilt i ett konkret fall torde det dock vara omöjligt att särskilja denna goodwill från den övriga.

Som redan nämnts ger praxis generellt ringa vägledning för bedömningen av inarbetningsfrågor och detta är i särskilt hög grad fallet när det gäller tolkningen av uttrycket "allmänt känt". Domstolarna har nöjt sig med att konstatera antingen att den bevisning som förebragts visat att kännetecknet blivit inarbetat eller att inarbetning inte blivit bevisad.

Under senare år har de tekniker som använts vid olika typer av marknadsundersökningar förbättrats avsevärt och sådana undersökningar har fått allt större betydelse för avgörandet av om ett kännetecken är inarbetat. Huruvida inarbetning föreligger är ju ett faktiskt förhållande och bevisas därför bäst genom en direkt

12. Enligt tysk rätt anses ett kännetecken ha erhållit "Verkehrsgeltung" om det blivit känt av en "beachtlicher" eller "ein nicht ganz unerheblicher" del av omsättningskretsen. Baumbach-Hefermehl II, § 25 anm 41.
13. SOU 1958: 10 s 222 f.
14. Prop 1960: 167 s 57.
15. Motsvarande uttalanden finns också för tysk rätts del, se t ex Baumbach-Hefermehl II, § 25 anm 41, Noelle-Neumann-Schramm, a a s 80 f.
16. Se dock även prop 1960: 167 s 56 och för firmarättens del SOU 1967: 35 s 162, 166.

undersökning av detta.[17] Särskild betydelse har de undersökningar som företagits av Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnd fått.[18] Nämnden är ett privat organ med uppgift att på begäran göra utredningar i inarbetningsfrågor. Undersökningarna går framför allt ut på att fastställa hur stor andel av omsättningskretsen som känner till det undersökta kännetecknet. Nämnden anser normalt att ett kännetecken är inarbetat om det är känt av mer än 50 % av omsättningskretsen.[19]

Genom att 50 %-gränsen gäller alla kännetecken står nämndens inarbetningskriterium i strid med det ovan citerade förarbetsuttalandet. Det torde också vara strängare än det diffusa kriterium som vid indirekt bevisning tillämpas av domstolarna.[20] Med tanke på den funktion inarbetningskriteriet fyller och det helhetsintryck förarbetena ger synes det emellertid motiverat att uppställa olika kännedomsgrader för skilda kännetecken. Således synes det motiverat att ett kännetecken vars omsättningskrets är mycket stor, t ex hela den vuxna befolkningen, anses inarbetat vid en lägre kännedomsgrad än ett kännetecken vars omsättningskrets är begränsad till kanske några hundra personer.[21] Användningen av liknande kännetecken kan i de förstnämnda fallen ändå ge upphov till ett större antal förväxlingar än i de senare. Även den grad av kännedom som varumärkesnämnden uppställer som krav för att anse ett kännetecken inarbetat förefaller väl sträng. För kännetecken som vänder sig till större delen av befolkningen förefaller en kännedomsgrad av ca 30 % av omsättningskretsen normalt vara tillräcklig.[22]

Vid fastställandet av om ett visst kännetecken är inarbetat undersöker Varumärkesnämnden, på goda grunder, inte särskilt om kännetecknet har något påtagligt goodwillvärde. Det förefaller inte

17. Tengelin, a a s 374. Varumärkes- och firmautredningen synes däremot ha haft en mindre positiv inställning till värdet av marknadsundersökningar, se SOU 1958: 10 s 223 f. Med tanke på att undersökningsmetoderna utvecklats avsevärt sedan dess får dock denna åsikt sägas vara passerad. I Tyskland är det sedan relativt länge vanligt att marknadsundersökningar anförs som bevis, se Noelle-Neumann-Schramm, a a s 70 ff.
18. Se om nämnden, Tengelin, a a s 374 ff.
19. A a s 379.
20. A a s 380.
21. Samma Heiding, avh s 107.
22. Liknande Holmqvist, a a s 279 f.

heller osannolikt, att det olyckliga förarbetsuttalandet om att sådant värde är en förutsättning för att inarbetning skall kunna föreligga, endast var avsett att markera att kravet på kännedom inte får sättas alltför lågt.[23] Tolkat så ger uttalandet också ett visst stöd för åsikten att kännedomskravet är avsett att vara olika för olika kännetecken.

I tysk praxis och litteratur har framförts att en högre grad av kännedom måste krävas för kännetecken med svag särskiljningsförmåga.[24] En sådan regel står i direkt strid med den här för svensk rätts del utvecklade tolkningen. Alla kännetecken som symboliserar samma typ av varor och som uppnått samma grad av kännedom fyller ju i lika stor omfattning en särskiljningsfunktion och måste då uppfattas som lika skyddsvärda från innehavar- och konsumentsynpunkt. Kännetecknen är ju då lika värda och användningen av liknande kännetecken kan ge upphov till samma antal förväxlingar.[25]

En fråga som varken berörs i lagtexten eller förarbetena är om kännedom om ett kännetecken hos de personer som ingår i branschdelen av omsättningskretsen skall väga lika tungt som kännedom om kännetecknet hos de personer som ingår i förbrukargruppen. Frågan får betydelse bl a då ett kännetecken är mycket välkänt inom en liten branschkrets men avsevärt mindre känt inom en betydligt större förbrukarkrets. Antag t ex att 40 % kännedom krävs för att det ifrågavarande kännetecknet skall vara inarbetat, att det är känt av 70 % av de personer som ingår i branschkretsen men bara av 30 % av de som ingår i förbrukarkretsen samt att den senare är 100 gånger så stor som branschkretsen. Ingenting tyder på att kännedom hos personer inom den ena gruppen skall väga tyngre än kännedom hos personer inom den andra. Eftersom kännetecknet i exemplet bara är känt av 37 % av det totala antal personer som ingår i omsättningskretsen är det således inte inarbetat. Ovanstående

23. Heiding, Sv vm-rätt s 14 synes tolka uttalandet på detta sätt.
24. Noelle-Neumann-Schramm, a a s 74, 77 ff i anslutning särskilt till BGH i GRUR 1960 s 83 (Nährbier), samt vidare BGH i GRUR 1975 s 67 (Kroatzbeere). I en anmärkning riktar dock Heydt kritik mot sistnämnda avgörande, GRUR 1975 s 69. Baumbach-Hefermehl II, § 25 anm 41, menar att bara kravet på bevisningens styrka är högre för kännetecken med mindre särskiljningsförmåga.
25. Jfr nedan s 162 om rekvisitet "som beteckning för innehavarens varor".

de innebär att om ett kännetecken är mycket välkänt i den större av bransch- eller förbrukargruppen så kan detta kompensera ett visst mått av bristande kännedom inom den mindre gruppen.

Normalt köps en vara av ett visst märke inte i lika stor omfattning av alla de personer som ingår i omsättningskretsens förbrukardel. En annan fråga blir därför om vetskap hos storförbrukarna skall väga tyngre än vetskap hos de personer som konsumerar mindre. Skall t ex kännedom om ett visst cigarrettmärke hos en person som köper fyra paket cigarretter i veckan väga tyngre, t ex fyra gånger tyngre, än kännedom hos en person som bara köper ett paket i veckan? Svaret på den frågan måste bli nej, eftersom konsekvenserna annars blir orimliga. Kännedom om kännetecknet hos två fyrapaketskonsumenter och fyra enpaketskonsumenter skulle annars väga upp avsaknaden av kännedom hos tolv andra personer. Vetskap om ett visst kännetecken väger således lika tungt oavsett om personen ifråga är storkonsument eller inte. En annan sak är att storförbrukarna antagligen snabbare lär sig kännetecknet.

Inarbetningskriteriet anger vidare att kännetecknet skall ha blivit känt just "som beteckning för innehavarens varor". Det aktuella objektet måste alltså uppfattas just som ett varukännetecken och inte som, t ex en generisk beteckning. Särskiljningsförmåga är således en förutsättning för skydd inte bara vid registrering utan även vid inarbetning, även om ett uttryckligt stadgande därom saknas i det senare fallet. Rekvisitet torde ha särskild betydelse för varu- och förpackningsutstyrslar. Endast sådana delar av dessa objekt som uppfattas som kännetecken för varans kommersiella ursprung kan inarbetas, medan de delar som uppfattas som karakteristiska för varutypen lämnas oskyddade.

Rekvisitet "allmänt känt" innebär inte något krav på att de som ingår i omsättningskretsen skall känna till vem som är innehavare av kännetecknet, utan det räcker att kännetecknet uppfattas utpeka ett visst men anonymt kommersiellt ursprung.[26]

Avslutningsvis kan sägas att det i ett konkret fall ofta är svårt att avgöra om ett kännetecken är inarbetat eller ej. Frånsett de

26. Bernitz-Pehrson-Sandgren, a a s 60 f, Heiding, Sv vm-rätt s 14, Tengelin, a a s 373.

praktiska svårigheterna bidrar härtill de föga klargörande motivuttalandena. Det från konsumentsynpunkt viktigaste är att kännedomskravet inte sätts så högt att det kommer att saknas möjlighet att ingripa även mot en sådan känneteckensanvändning som kan framkalla ett betydande antal förväxlingar. Här torde en sänkning av den 50 % gräns som åtminstone Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnd tillämpar vara välmotiverad, särskilt såvitt gäller sådana varor som vänder sig till i stort sett hela befolkningen.

3.4.1.2 Kravet på särskiljningsförmåga

För att ett varumärke skall kunna registreras krävs, som ovan nämnts, uttryckligen att det har särskiljningsförmåga, 13 § VmL. Där föreskrivs att varumärken som uteslutande eller endast med mindre ändring eller tillägg anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller geografiska ursprung eller tiden för dess framställande inte i sig skall anses ha särskiljningsförmåga. Uppräkningen bygger på art 6 quinquies B 2 ParisK där det stadgas att unionsländerna inte behöver ge registreringsskydd för de där angivna märkena.

Något motsvarande krav på särskiljningsförmåga uppställs som framgått[27] inte som förutsättning för skydd genom inarbetning. Detta skulle ju också vara helt överflödigt, eftersom inarbetning med nödvändighet förutsätter att kännetecknet har sådan förmåga.

Enligt varumärkeslagens förarbeten har distinktivitetskravet en dubbel motivering:[28]

"För det första kunna alltför enkla figurer, avbildningar av själva varan eller rent beskrivande eller generiska ord icke i och för sig fullgöra ett varumärkes uppgift att individualisera en viss näringsidkares varor och skilja dem från andras varor av samma eller liknande slag. En beteckning sådan som de nu angivna är icke ägnad att av kundkretsen uppfattas som ett individualiseringsmedel. För det andra kan det inte vara riktigt, att dylik beteckning förbehålls en enskild näringsidkare med verkan att övriga företagare i branschen icke få begagna beteckningen."

---

27. Se ovan s 162.
28. SOU 1958: 10 s 269. Se även prop 1960: 167 s 101 samt vidare Holmqvist, Degeneration of Trademarks s 14 ff och Moore, Kravet på särskiljningsförmåga efter den nya varumärkeslagens ikraftträdande, NIR 1964 s 3, 15.

Det citerade uttalandet tar emellertid bara sikte på oanvända märken. Om ett märke som enligt uttalandet skall anses sakna särskiljningsförmåga genom användning erhållit sådan kan det registreras.[29] De övriga näringsidkarnas intresse av att utan inskränkningar kunna använda märket får då vika. Detta kräver emellertid att märket fått en ny innebörd vid sidan av sin ursprungliga och det är bara märkets användning i den nya betydelsen som innehavaren får ensamrätt till.

Motsvarande krav på särskiljningsförmåga uppställs också i de övriga nordiska ländernas varumärkeslagar. Märken som saknar särskiljningsförmåga kan inte heller registreras enligt tysk rätt, 4 § WZG. Vid bedömning av om ett märke har erforderlig särskiljningsförmåga tas även här hänsyn dels till om märket är generiskt eller deskriptivt, dels till i vilken mån märket bör kunna användas fritt av konkurrerande näringsidkare, d v s om det finns något "Freihaltebedürfnis".[30] I tysk rätt skiljs mellan märken som på vanligt sätt saknar särskiljningsförmåga och s k fria märken, "Freizeichen", 4 § WZG. Med fria märken menas bara sådana som i sig har haft särskiljningsförmåga men som förlorat denna och övergått till att bli en generisk beteckning på grund av att de använts av flera olika näringsidkare.[31] "Freizeichen" är alltså degenererade varumärken.

Ett kännetecken som uppfyller förutsättningarna för att skyddas som "Ausstattung" utesluts däremot inte från detta p g a att det föreligger ett "Freihaltebedürfnis".[32]

Sec 2 Lanham Act utgår från att inga varumärken som fyller funktionen att särskilja registreringssökandens varor från andras skall vägras registrering. Undantag görs dock för märken som

"(e) consists of a mark which (1) when applied to the goods of the applicant is merely descriptive or deceptively misdescriptive of them, or (2) when applied to the goods of the applicant is primarily geographically descriptive or deceptively misdescriptive of them...

29. SOU 1958: 10 s 273 f.
30. Baumbach-Hefermehl II, § 4 anm 21, 26. Se även 16 § WZG.
31. A a § 4 anm 5, Holmqvist, a a s 24 f, 36 ff. Se om fria märken enligt äldre nordisk rätt, Finnilä, Bidrag till läran om fritt eller allmänt märke enligt finsk varumärkesrätt, ak avh, Tammerfors 1935.
32. Baumbach-Hefermehl II, § 25 anm 48.

(f) except as expressly excluded in paragraphs (a), (b), (c), and (d) of this section, nothing herein shall prevent the registration of a mark used by the applicant which has become distinctive of the applicant's goods in commerce."

Även i amerikansk rätt har kravet på särskiljningsförmåga sedan länge motiverats både med att objekt som saknar sådan inte kan fungera som varumärken och med att konkurrerande näringsidkare har ett legitimt behov av att utan inskränkningar kunna utnyttja vissa objekt.[33] Märken som har faktisk särskiljningsförmåga men som ändå ej anses böra kunna registreras sägs ha "de facto secondary meaning", ett begrepp som utvecklats hos Court of Customs and Patent Appeals.[34]

Kravet på särskiljningsförmåga innebär således i praktiken att hänsyn skall tas till två olika intressen. Det förhållandet att ett visst objekt inte anses kunna förbehållas en enskild näringsidkare behöver emellertid i sig inte ha någon betydelse för om objektet faktiskt har särskiljningsförmåga eller inte, även om det normalt naturligtvis är så att ett visst objekt, särskilt om det är ett ord, inte kan förbehållas en särskild näringsidkare just därför att det saknar särskiljningsförmåga och andra näringsidkare behöver kunna använda ordet i sin vanliga betydelse.[35]

Det tidigare citerade uttalandet av varumärkes- och firmautredningen[36] tar bara sikte på märken som ej använts. Såvitt gäller sådana märken har naturligtvis de konkurrerande näringsidkarnas intresse av att fritt kunna använda deskriptiva ord och figurer m m stor tyngd. Just på grund av att märkena ej använts har ju varken innehavarna eller konsumenterna några tyngre motskäl att åberopa. Märket kan ju inte ha fått något goodwillvärde och skydd behövs inte för att motverka förväxlingar.[37] Även deskriptiva icke använda märken kan dock undantagsvis tänkas ha en viss särskiljningsförmåga. Som exempel kan nämnas en nybildad varubenämning som är avsedd för en unik vara. En sådan benämning kan av

33. McCarthy, vol 1 s 354 ff.
34. Se härom, Treece-Stephenson, Another Look at Descriptive and Generic Terms in American Trademark Law, 66 TMR 454 ff (1976).
35. Se härom även Holmqvist, a a s 114 f.
36. Se ovan s 163.
37. Jfr ovan s 60 ff.

en del personer komma att uppfattas som en varubenämning och av andra som ett varumärke.

Situationen blir emellertid annorlunda när det är fråga om använda märken. Även ett mycket deskriptivt märke kan genom användning erhålla särskiljningsförmåga.[38] I sådana fall uppkommer en intressekonflikt mellan varumärkesinnehavarnas intresse av att kunna få ensamrätt till sitt kännetecken och konsumenternas intresse av att inte utsättas för risk för förväxlingar å ena sidan och konkurrerande näringsidkares intresse av att fritt kunna använda ord, figurer, m m å den andra. Konsumentintresset tillvaratas således bäst om förekomsten av faktisk särskiljningsförmåga ensamt är avgörande för om ett använt märke skall kunna registreras eller inte. I princip intar också varumärkes- och firmautredningen den inställningen vilket framgår av uttalandet att alla märken som saknar ursprunglig särskiljningsförmåga kan erhålla sådana genom användning.[39] Ensamrätten omfattar då bara objektets användning i sin kännetecknsbetydelse.

Det anförda innebär dock inte att man okritiskt bör utgå ifrån att alla använda märken har särskiljningsförmåga.[40] Även konsumenterna har ett visst intresse av att deskriptiva beteckningar fritt kan användas, bl a därigenom att det då normalt lättare framgår om två varor är av samma slag eller ej. En annan synpunkt, som också bör beaktas och som av den amerikanska FTC tillmäts stor vikt, är att skyddet av ett generiskt märke kan ge dess innehavare en omotiverat skyddad ställning på marknaden.[41]

Kravet på särskiljningsförmåga ges numera en relativt liberal tolkning i registreringspraxis.[42] Mer allmänt lovordande och positiva märken som TOP JOB för tvål och rengöringsmedel,[43] AC-

38. Holmqvist, Om inarbetning av varukännetecken, NIR 1975 s 269.
39. SOU 1958: 10 s 273 f.
40. Viss kritik kan därför riktas mot regeln i sec 2 (f) Lanham Act enligt vilken registreringsmyndigheten får betrakta fem års exklusiv och väsentlig användning av ett kännetecken som prima facie bevis för att det har erhållit särskiljningsförmåga.
41. Se Consumer Information Remedies s 234 ff, Dixon, Trademarks, The Federal Trade Commission, and The Lanham Act, 68 TMR s 463 ff (1978).
42. SOU 1958: 10 s 102, 273, Carlman, a a s 41, 50 f.
43. Besvärsavdelningen 48/69.

TION också för tvål och rengöringsmedel,[44] MÅGOTT för bröd och glass,[45] STATUS för öl och mineralvatten,[46] ACCENTUATE för parfymer och andra skönhetsmedel[47] och HOMEPARTY för glass[48] har alla ansetts främst suggestiva och därigenom kunnat registreras, oavsett om de använts eller inte.

Däremot har registrering vägrats av ordet HANDY för byggnadsmaterial, hyllor, behållare, stativ m m[49] och av ordet BRAVO för fordon.[50]

Som exempel på märken av denna typ, som efter användning ansetts ha fått tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registreras kan nämnas TORR OCH GLAD för blöjor,[51] MUMS-MUMS för gräddbullar med chokladöverdrag[52] och GO-BIT för bl a glass.[53]

Vid prövningen av huruvida registrering av i reklam vanliga mer allmänt suggestiva ord kan ske framförs relativt ofta, åtminstone av någon instans, argumentet att orden bör hållas fria för allmänt begagnande. Som exempel kan nämnas avgörandena rörande orden ACTION (för tvättmedel),[54] DRIVE (för deodoranter m m),[55] A och O (för kosmetiska preparat),[56] STATUS (för öl och mineralvatten)[57] och BRAVO (för bl a fordon).[58] Argumentet kom också upp i samband med ansökan om registrering av ordet EUROTEX (för bl a tyger).[59] I samtliga dessa fall utom A och O och BRAVO beviljades emellertid registrering och detta utan att eventuell användning synes ha påverkat ut-

44. Besvärsavdelningen 49/70.
45. Besvärsavdelningen 138/71.
46. RÅ 1972 H 6. Två ledamöter var dock skiljaktiga. Se om avgörandet Carlman, a a s 62.
47. Besvärsavdelningen 13/74.
48. Besvärsavdelningen 54/75.
49. RÅ 1973 A 359.
50. Besvärsavdelningen 98/77.
51. Besvärsavdelningen 62/74.
52. Besvärsavdelningen 39/76.
53. Patentbesvärsrätten 20/78.
54. Besvärsavdelningen 49/70.
55. Besvärsavdelningen 31/71.
56. Besvärsavdelningen 18/74.
57. RÅ 1972 H 6.
58. Besvärsavdelningen 98/77.
59. Besvärsavdelningen 47/66.

gången. Praxis tycks därför vara att ord av denna typ normalt beviljas registrering.[60]

Ord som mer direkt anger effekterna av användningen av den vara ordet är avsett att kännetecknа anses däremot vanligen inte registrerbara. Som exempel kan nämnas orden NICE CHANGE för bl a hårfärgningsmedel,[61] EVEN-FLO för medel att avlägsna avlagringar i ledningar m m, för flytande bränslen eller vatten[62] samt BESTFORM[63] och SIMPLY SOFT[64] båda för bysthållare. Besvärsavdelningen anförde i sitt utlåtande till regeringsrätten i EVEN-FLO-avgörandet bl a att man ansåg att det var fråga om ett ord som låg på gränsen till att kunna registreras utan att behöva få sin särskiljningsförmåga förbättrad genom användning. Sökanden visade emellertid aldrig huruvida märket använts eller ej. I ett senare avgörande har däremot besvärsavdelningen ansett att DRAIN POWER, avsett för aerosolapparater för användning vid rensning av avlopp, kunde registreras.[65]

I jämförelse med de två sistnämnda avgörandena framstår det bara ett par månader före EVEN-FLO-fallet avgjorda BESTFORM-avgörandet som relativt strängt. Det är ju i alla tre fallen fråga om ord som anger effekten av användning av den vara ordet är avsett att kännetecknа. Den skillnaden råder dock att det i EVEN-FLO- och DRAIN POWER-avgörandena är fråga om engelska uttryck. Besvärsavdelningen ansåg BESTFORM "klart deskriptivt" och därför oregistrerbart. Sökanden anförde besvär och omtalade att märket använts både i Sverige och ett stort antal andra länder samt att det var registrerat i 31 stater. I utlåtande till regeringsrätten anförde därefter besvärsavdelningen att man, visserligen med tvekan, numera ansåg att märket genom användning förvärvat tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registreras. Regeringsrätten fann emellertid ej skäl att göra ändring i besvärsavdelningens beslut och tycks därför ha funnit att märket var så

60. Carlman, a a s 50 f. Som ett likartat exempel kan nämnas ordet INTERNATIONAL som i sig ansetts oregistrerbart, se besvärsavdelningen 20/75. För färger torde emellertid ordet vara skyddat.
61. Besvärsavdelningen 59/65.
62. RÅ 1967 H 18 (= NIR 1968 s 413).
63. RÅ 1967 H 14 (= NIR 1968 s 410).
64. RÅ 1972 H 4.
65. Besvärsavdelningen 140/76.

deskriptivt att inte ens en tämligen omfattande användning kunnat avhjälpa detta,[66] något som det uppenbarligen kan råda delade meningar om.

Ett något mindre deskriptivt märke, SMOKELESS för snus, ordet antyder en mer sekundär effekt av användningen av den kännetecknade varan än de närmast ovan nämnda märkena, har emellertid kunnat registreras.[67] Liksom BESTFORM hade SMOKELESS använts före registreringsansökan. Därvid hade emellertid ordet även använts som en deskriptiv benämning. Trots detta förefaller domstolarna i SMOKELESS-avgörandet ha fäst större vikt vid den särskiljningsförmåga som uppkommit genom användningen än i BESTFORM-fallet.

För att utvecklingen har gått mot en liberalare tolkning av distinktivitetskravet talar också att ordet SEAMAN ansågs registrerbart för fritidskläder, däribland även seglarkläder.[68] Som Carlman framhåller[69] är dock BESTFORM mer deskriptivt än SEAMAN på så sätt att det förra direkt anger en egenskap hos varan medan det senare bara anger en grupp av personer som har intresse av att använda produkten. Som jämförelse med SEAMAN-fallet kan nämnas att patentbesvärsrätten i ett senare avgörande ansett att orden SKI & SAILOR saknade särskiljningsförmåga för fritidskläder.[70]

Även varumärken som på något sätt antyder varans storlek har vägrats registrering. Så har t ex skett med orden KING och HIGH KINGS, båda för tobaksvaror.[71] Motiveringen var att dessa ord var alltför lika uttrycket "king size" som anger cigarretternas storlek. Som jämförelse kan nämnas att KINGS i Danmark ansetts inarbetat för cigarretter.[72] I avgörandet omnämns de båda svenska avgörandena. Det måste dock observeras att varumärket KINGS i Danmark började användas tidigare än uttrycket "king size".

Vidare kan nämnas att orden VARJE DAG, för bl a schampo-

66. Carlman, a a s 59.
67. RÅ 1974 s 43 (= NIR 1974 s 320).
68. RÅ 1971 H 86 (= NIR 1973 s 101).
69. A a s 60.
70. Patentbesvärsrätten 26/78.
71. Besvärsavdelningen 109/63 resp. 70/70.
72. NIR 1973 s 234.

neringsmedel, vilka ju anger hur ofta varan kan användas, efter relativt omfattande användning har kunnat registreras.[73]

Mot bakgrund av ovanstående är det självklart att ord som mer eller mindre direkt anger varans art inte kan registreras. På grund av regelns självklarhet är praxis begränsad. Som exempel på vägrade registreringar kan nämnas ordet JEEP för bl a fordon,[74] ordet SKÄRGÅRDSKRYSSARE för bl a båtar och båttillbehör,[75] ordet GENERATOR för ångpannor, hetvatten- och hetoljeanläggningar[76] och ordet WINDSURFER för bl a segelbrädor.[77] Det finns dock en hel del gränsfall som i det följande något skall beröras.

Förutom rena generiska beteckningar anses även ord som i hög grad liknar sådana sakna särskiljningsförmåga.[78] Som exempel kan nämnas att ordet COMPUTOUR vägrats registrering på grund av likhet med ordet computer[79] och att ordet METHYL vägrats registrering på grund av sin likhet med ordet metyl.[80] För att registrering skall vägras måste dock likheten var betydligt större än som krävs för att orden skall anses förväxlingsbara i varumärkesrättslig mening.[81] Användning kan bota bristande särskiljningsförmåga även i detta hänseende.[82]

Ett ord behöver inte vara den generiska beteckningen på just den produkt ordet kännetecknar för att registrering skall väg-

---

73. Patentbesvärsrätten 94/78.
74. Besvärsavdelningen 107/67. Regeringsrätten har redan 1947 fastslagit att beteckningen JEEP degenererats, se RÅ 1947 H 51 (= NIR 1947 s 216). Patentbesvärsrätten har även 1978 avslagit ansökan om registrering av ordet JEEP, beslut 107/78. Beslutet överklagades till regeringsrätten men återkallades senare.
75. Besvärsavdelningen 53/77.
76. RÅ 1978 Ab 217. Som ytterligare exempel kan nämnas FLAVORING för bl a essanser och extrakt, RÅ 1974 A 1313. Se om fallet närmare nedan s 174 f.
77. RÅ 1979 Ab 464.
78. SOU 1958: 10 s 270 f.
79. RÅ 1972 H 84 (= NIR 1973 s 345).
80. RÅ 1978 Ab 56. Flera ex se Carlman, a a s 16 ff. Jfr å andra sidan LIFTOP och TWISTOP, nedan s 173.
81. Carlman, a a s 25. Från praxis ex RÅ 1965 H 6, TYREX ≠ tyre och tire, besvärsavdelningen 18/66, INHALETTE ≠ inhalator, besvärsavdelningen 67/66, LIXIR ≠ elexir.
82. Ex besvärsavdelningen 33/65, NITRODURAN, besvärsavdelningen 67/66, LIXIR.

ras, utan det räcker att ordet är beteckningen på en produkt av närliggande slag.[83]

Om en generisk benämning består av ett sällan använt och/eller utländskt ord är det naturligtvis inte givet att alla personer känner till ordets betydelse och i så fall kan ordet ändå ha en viss särskiljningsförmåga.[84] Det torde t ex vara tveksamt om orden SARONG (= höftplagg) för bl a gördlar och COLORATOR (colorado är benämningen på en viss typ av cigarrer) för cigarrer vanligen uppfattas som varumärken eller som generiska beteckningar. Båda dessa märken har emellertid vägrats registrering.[85] Det är ju också klart att det finns starka skäl att inta en restriktiv hållning gentemot sådana ord som i utlandet och i de flesta fall rimligen också av kännetecknensinnehavarna i Sverige uppfattas som helt deskriptiva.

Även nybildade ord och benämningar som är bildade enligt gängse språkregler anses i praxis sakna särskiljningsförmåga, åtminstone så länge de inte används.[86] Som exempel på sådana ord för vilka registrering vägrats kan nämnas WARMTIMMER för bl a byggnadsmaterial,[87] FLUORGLAS för glasfibertrådar överdragna med polytetrafluoretylen,[88] MONEY CARD för kreditkort,[89] FREKVENSOR för apparater för arbetsmätning,[90] VISMENY för underhållning,[91] SEATRAIN för lasttransporter till lands och sjöss,[92] LIQUID GOLD för bl a färger,[93] FYSSUG för bl a evakuerare av luft ur påsar avsedda att innehålla för frysning avsett gods,[94] MODE & SKÖNHET för tidningar och tidskrifter[95] och

---

83. Det ledande avgörandet är RÅ 1967 H 16 (= NIR 1968 s 336) där beteckningen BOXER ansågs sakna särskiljningsförmåga inte bara för kalsonger utan även för skjortor, tröjor, strumpor m m. Se även besvärsavdelningen 57/67, FORCOLOR och 121/68, QUICK-WEDGE.
84. Se ang utländska språk, SOU 1958: 10 s 271.
85. Besvärsavdelningen 57/65 resp RÅ 1973 A 358. För flera exempel, se Carlman, a a s 11 ff.
86. SOU 1958: 10 s 271.
87. Besvärsavdelningen 160/68.
88. Besvärsavdelningen 123/69.
89. Besvärsavdelningen 170/70.
90. RÅ 1972 H 3.
91. Besvärsavdelningen 46/73.
92. Besvärsavdelningen 142/75.
93. Besvärsavdelningen 101/76.
94. Besvärsavdelningen 84/77.
95. RÅ 1978 Ab 454.

LUKTSLUKARE för bl a luftrenare.[96] Ingen av dessa benämningar synes ha använts före registreringsansökan. Däremot har registrering medgivits av bl a MÄSTERSTUGAN för monteringsfärdiga hus[97] och CHOKLADVALS för bl a choklad.[98]

Dylika nybildade ord kan dock erhålla särskiljningsförmåga om de används endast av en näringsidkare, särskilt om den vara som kännetecknas som typ betecknas med ett annat ord. En förutsättning är dock att det nybildade ordet verkligen används som kännetecken och ej för att beskriva varan. Av sistnämnda anledning har registrering vägrats för orden BORRHACKAN för planteringshackor och THERMOSERVICE för bl a värmeservice.[99] I båda dessa avgöranden påpekade besvärsavdelningen i sina av regeringsrätten ej ändrade beslut att orden huvudsakligen använts som beteckning på varan respektive tjänsten (SHELL ELDNINGSOLJA — SHELL THERMOSERVICE) och inte som varumärke. Däremot har registrering av orden FRÖKEN SVERIGE för tjänsten anordnande av tävlingar medgivits.[100] Sökanden hävdade att orden genom användning erhållit särskiljningsförmåga och att de även blivit inarbetade och hänvisade här till ett utlåtande av Stockholms Handelskammare. Besvärsavdelningen anförde i sitt utlåtande till regeringsrätten att orden FRÖKEN SVERIGE visserligen var väl kända bland allmänheten, men att det inte fanns något belägg för att de uppfattades som ett varumärke. Regeringsrätten konstaterade, utan att ta ställning till inarbetningsfrågan, att benämningen använts i sådan omfattning att den blivit erkänd som ett namn på de anordnade tävlingarna och att hinder ur den synpunkten att orden FRÖKEN SVERIGE inte ägde tillräcklig särskiljningsförmåga därför inte kunde anses föreligga.

Kännetecken som består av ett rent generiskt ord i kombination med ett annat ord kan också erhålla särskiljningsförmåga genom användning. Skolexemplet är varumärket KARLSSONS KLISTER.[101] Vidare har beteckningarna STUFFED SHIRT för bl a

96. RÅ 1979 Ab 465.
97. Besvärsavdelningen 46/77.
98. Patentbesvärsrätten 151/78.
99. RÅ 1971 H 27 resp RÅ 1971 H 94 (= NIR 1972 s 441).
100. RÅ 1968 s 195 (= NIR 1969 s 203).
101. Registrerat som ordmärke nr 144.637.

skjortor[102] och STUFFED JEANS för bl a jeans[103] beviljats registrering och likaså ordet MINUTBURGARE liksom flera andra sammansättningar av ordet "burgare" för bl a hamburgare.[104] Däremot ansågs beteckningen AIRBUS A 300 B ej kunna registreras trots en relativt omfattande användning inom en begränsad omsättningskrets.[105] Delen A 300 B ansågs dock inarbetad. Hela beteckningen ansågs därför kunna registreras om disclaimer intogs för ordet AIRBUS.

Det är i praxis ofta små detaljer som avgör om ett märke är registrerbart eller ej, särskilt om märket ej har använts. Som illustrativt exempel kan nämnas att en näringsidkare ansökte om registrering av följande ord: SKRUVTOP, LIFTOP, SNABBTOP, RIVTOP, VRIDTOP, TWISTOP och PULLTOP samtliga för bl a metall- och celluloidkapslar och olika behållare. Orden SKRUVTOP, SNABBTOP, RIVTOP, VRIDTOP och PULLTOP ansågs beskaffenhetsangivande,[106] medan orden LIFTOP och TWISTOP ansågs registrerbara.[107] Anledningen till att orden behandlades olika är enligt Carlman[108] att de sistnämnda orden består av sammandragningar av två ord, lift resp twist och top, medan övriga ord är bildade enligt sedvanliga regler. Det kan dock diskuteras vilken betydelse dylika marginella skillnader har för allmänhetens uppfattning av märkena.

Såvitt gäller figurmärken är det först och främst sådana som är mycket enkla som anses sakna särskiljningsförmåga.[109] Figurmärken som endast består av en enklare ram, ett par streck eller enklare geometriska figurer som cirklar, trianglar och rektanglar kan därför normalt inte registreras.[110] Regeln får också betydelse för

---

102. Besvärsavdelningen 138/75.
103. Besvärsavdelningen 139/75.
104. Besvärsavdelningen 25/73. Däremot har ordet minutbiff vägrats registrering, eftersom det är beteckningen på en maträtt. Här kan nämnas att även beteckningen LIVING WIG för bl a peruker vägrats registrering, besvärsavdelningen 34/69.
105. RÅ 1978 s 385.
106. Besvärsavdelningen 99/70, 101 — 103/70 resp 115/70.
107. Besvärsavdelningen 100/70 resp 104/70.
108. A a s 54.
109. SOU 1958: 10 s 102, 269.
110. Se exempelvis besvärsavdelningen 50/69, 77/70 och 126—127/76. Jfr dock besvärsavdelningen 138/73 och 147/77. För fler ex, se Carlman, a a s 77 ff.

hur stort figurmoment som krävs för att ett i sig oregistrerbart ord-, bokstavs- eller siffermärke skall anses ha en sådan utformning att det kan registreras som figurmärke.[111] Om märket använts i mer betydande omfattning kan emellertid den därigenom erhållna särskiljningsförmågan bota bristande ursprunglig sådan så att även enkla figurer kan registreras.[112]

Det finns dock åtminstone ett avgörande där domstolarna synes ha givit uttryck åt en mer restriktiv inställning, FLAVORING-avgörandet.[113] Det sagda gäller inte utgången av målet i sig utan besvärsavdelningens motivering.

Nedanstående märke i svart på orange botten söktes registrerat



Fig 7

för koncentrat, essanser och extrakt för framställning av drycker. Besvärsavdelningen, vars beslut ej ändrades av regeringsrätten, ansåg att märket i sig liksom ordet FLAVORING helt saknade särskiljningsförmåga. Vidare uttalades att den inarbetning av märket som ägt rum inte kunde avhjälpa märkets bristande särskiljningsförmåga. I sitt utlåtande till regeringsrätten anförde besvärsavdelningen vidare att total avsaknad av ursprunglig särskiljningsförmåga endast i rent exeptionella fall kan botas genom inarbetning och det konstaterades att sökandens märke inte blivit "så utomordentligt starkt inarbetat som erfordras för att ett märke utan ursprunglig särskiljningsförmåga skall kunna registreras".

Besvärsavdelningen intog således ståndpunkten att märket helt och hållet saknade särskiljningsförmåga. Ett märke som det ak-

111. För exempel från praxis se Carlman, a a s 77 ff. Från senare praxis RÅ 1978 Ab 213 (= NIR 1978 s 445), CLUB MEDITERRANEE, och RÅ 1978 Ab 451, NORDISK. I båda dessa fall ansågs figurkaraktären vara alltför begränsad för att märkena skulle kunna registreras.
112. SOU 1958: 10 s 103. Ex besvärsavdelningen 61/68 och 9/70. Varumärkes- och firmautredningen påpekade ju också att Dunhill's kännetecken, den lilla vita pricken, genom användning erhållit sådan särskiljningsförmåga att den kunde registreras, SOU 1958: 10 s 103, not 2.
113. RÅ 1974 A 1313.

tuella torde emellertid genom kombinationen av själva ordet, textens typsnitt samt bakgrundens utformning och färg åtminstone av vissa personer uppfattas som ett kännetecken och därigenom ha en viss särskiljningsförmåga. I detta fall var det inte heller uteslutet att ordets betydelse var okänd för en del personer. Besvärsavdelningen anförde vidare att märket bara kunde registreras om det blivit utomordentligt starkt inarbetat. Normal inarbetning ansågs således inte tillräcklig. Något stöd för ett så strängt krav finns såvitt jag har kunnat finna inte i förarbetena.[114] Ett så strängt krav kan inte heller fylla funktionen att skydda konkurrerande näringsidkare, eftersom innehavaren får ensamrätt till märket redan genom vanlig inarbetning.

Det kan emellertid ifrågasättas om inte besvärsavdelningen med sin motivering istället avsåg att poängtera att det krävs en mer omfattande användning för att ett kännetecken av FLAVORING-märkets typ skall bli inarbetat jämfört med ett märke med starkare särskiljningsförmåga. Ett sådant påstående ligger också väl i linje både med förarbetsuttalanden[115] och de faktiska förhållandena. Detta är emellertid något helt annat än vad som faktiskt sägs.

Även mer komplicerade figurer kan sakna särskiljningsförmåga. Som exempel kan nämnas ett figurmärke som bestod av en avbildning av en jeansetikett.[116] Etiketten dominerades av orden CHEAP JEANS. I övrigt fanns på etiketten diverse uppgifter om jeansen samt en ram. Märket söktes registrerat för byxor, däribland även jeans. Besvärsavdelningen uttalade i sitt beslut att märket visserligen inte var helt utan särskiljningsförmåga men att användningen ej varit tillräckligt omfattande för att ge märket för registrering erforderlig sådan. En ledamot ville dock medge registrering. Sökanden anförde besvär. I sitt utlåtande till regeringsrätten intog besvärsavdelningen, nu i annan sammansättning, motsatt ståndpunkt. En ledamot var även här av skiljaktig mening och ville inte medge registrering. Regeringsrätten gjorde emellertid ingen ändring i besvärsavdelningens beslut. Av utredningen i målet framgår att märket använts i mycket måttlig omfattning. Märkets andel på mark-

114. SOU 1958: 10 s 102 f, 274, prop 1960: 167 s 100 ff.
115. SOU 1958: 10 s 274.
116. RÅ 1974 A 1312.

naden uppgick knappast till mer än 1 % och inte mer än 75 000 kr hade nedlagts på reklam. Användningen torde därför i ganska begränsad omfattning ha kunnat bidra till märkets särskiljningsförmåga. Även om varje del av märket sedd för sig saknar särskiljningsförmåga besitter dock den speciella kombinationen av de olika delarna viss sådan. Det har därför ifrågasatts[117] om regeringsrättens avgörande skall ses som ett tecken på att domstolen anser att alltför låga krav ställs på figurmärkens särskiljningsförmåga.

Varumärkeslagstiftningen i Sverige har traditionellt intagit en restriktiv attityd till registrering av bokstavs- och siffermärken. Motivet härför är att alla näringsidkare anses ha ett behov av att utan inskränkningar kunna använda samtliga bokstäver och siffror. Enligt varumärkes- och firmautredningen är bokstavs -och siffermärken även mindre distinktiva och lättare att förväxla än ord- och figurmärken och därmed mindre önskvärda. Sådana märken anses därför generellt sakna särskiljningsförmåga.[118] För att motverka illojala konkurrensmetoder ges emellertid en möjlighet att registrera bokstavs- och siffermärken som inarbetats och därmed visats äga särskiljningsförmåga, 13 §, 2 st VmL. På denna punkt skiljer sig dansk rätt från övrig nordisk genom att inarbetning inte är en förutsättning för registrering av bokstavs- och siffermärken.

Som redan tidigare påpekats torde emellertid bokstavs- och siffermärken ingalunda generellt sakna faktisk särskiljningsförmåga.[119] Däremot har det visat sig att sådana märken är svårare för konsumenterna att komma ihåg än andra märken. Det torde emellertid vara riktigare att uttrycka detta så att bokstavs- och siffermärken har mindre inarbetningsförmåga. Eftersom registrering av en bokstav eller siffra inte medför någon ensamrätt till objektet annat än i dess kännetecknsbetydelse, torde konkurrerande näringsidkares intresse av att sådana objekt inte skyddas knappast heller vara större än för andra typer av objekt.

Bland de avgöranden som rör bokstavs- och siffermärken torde nedanstående vara ett av de som har störst vikt. Mölnlycke AB

117. Carlman, a a s 93.
118. SOU 1958: 10 s 274 f. Enligt 4 §, 1 p ÄVmL kunde siffror eller bokstäver som huvudregel överhuvudtaget inte registreras.
119. Se ovan s 47, och även Ugglas utlåtande i RÅ 1975 s 25 (= NIR 1976 s 234).

sökte registrering av ett märke som endast bestod av bokstaven M, dock i nedanstående ovanliga typsnitt.[120] Besvärsavdelningen ansåg



Fig 8

inte att märket kunde betraktas som ett figurmärke och konstaterade därför att det kunde registreras endast om det visades att märket blivit inarbetat. Så ansågs emellertid inte vara fallet trots att märket använts i tämligen stor omfattning.[121] Sökanden fullföljde talan till regeringsrätten. I sitt utlåtande till denna anförde besvärsavdelningen bl a:

"Klagandens märke kan såsom framgår av det anförda endast registreras såframt det visas vara inarbetat för de varor som avses i ansökningen. Klaganden har också ingivit åtskillig utredning i ärendet för att visa

120. RÅ 1966 H 35 (= NIR 1968 s 236).

121. Av ett av Stockholms handelskammare avgivet utlåtande angående M-märkets inarbetning framgick bl a *att* bokstaven "M" bland tillfrågade företag endast i mindre utsträckning uppfattades såsom kännetecken för förbandsartiklar från Mölnlycke Aktiebolag, att tillfrågade sjukhus i betydande utsträckning uppfattade bokstaven "M' som kännetecken för vissa sjukhusartiklar från Mölnlycke Aktiebolag, *att* bokstaven "M" bland tillfrågade detaljhandelsföretag inom textilbranschen var välbekant såsom kännetecken för vävnader från Mölnlycke Aktiebolag men att inom konfektionsindustri- och grosshandelsföretagen kännedomen om bokstaven "M" i angiven egenskap syntes vara mindre, *att* bland tillfrågade väveriföretag bokstaven "M" i förhållandevis stor utsträckning uppfattades som kännetecken för av Mölnlycke Aktiebolag utförd textilberedning *och att* kammaren icke funnit anledning uppta frågan om inarbetning av bokstaven "M" för tjänsten industriell formgivning, då Mölnlycke icke tillhandahöll tjänster som formgivare. I vad mån bokstaven "M" var för den köpande allmänheten bekant såsom kännetecken för Mölnlycke Aktiebolags produkter och tjänster hade av praktiska skäl icke kunnat bli föremål för utredning.

att så är fallet. Enär det emellertid här gäller ett utomordentligt enkelt tecken — som just emedan det dagligen och stundligen konfronterar allmänheten i ständigt växlande sammanhang måste vara synnerligen svårt att inarbeta såsom kännetecken för en enskild näringsidkare (jfr SOU 1958: 10, s. 223) — måste enligt besvärsavdelningens mening stora krav ställas på utredningen om att märkets användning, hur omfattande denna än är, verkligen medfört att det i de kretsar, till vilka märket riktar sig, faktiskt uppfattas såsom klagandens varumärke. Besvärsavdelningen kan alltjämt icke finna att klaganden visat att märket blivit inarbetat såsom klagandens särskilda kännetecken för de varor ansökningen gäller."

Regeringsrätten lämnade besvären utan bifall med motivering att märket ej kunde registreras som figurmärke och att förutsättningarna för registrering enligt 13 §, 2 st VmL inte heller var för handen, d v s domstolen ansåg inte att märket var inarbetat.[122]

Vid en jämförelse mellan besvärsavdelningens utlåtanden i detta mål och i FLAVORING-målet finner man en skillnad på så sätt att besvärsavdelningen i det förstnämnda utlåtandet uttalar att registrering kan ske så snart inarbetning uppnåtts men att stränga krav på bevisning härom uppställs, medan besvärsavdelningen i det senare utlåtandet, för figurmärkenas del, synes mena att registrering bara kan ske om inarbetningen är starkare än vad som krävs för skydd enligt 2 § VmL. Domstolarnas motiveringar i M-målet stöder därför den tidigare framförda tolkningen av FLAVORING-avgörandet.

Kraven på bevis om fullbordad inarbetning är dock inte så stränga att de är omöjliga att uppfylla. Som exempel kan nämnas att varumärket G 8 beviljats registrering för bl a fordonsdäck.[123]

Om bokstävernas eller siffrornas inbördes placering eller utformning är egenartad kan, som redan antytts,[124] märket registreras som figurmärke. Bokstavskombinationen i sig erhåller emellertid då inget skydd. Praxis är här tämligen liberal. Som ett gränsfall kan

122. Se även RÅ 1972 H 69 där registrering inte ansågs möjlig av bokstaven Z i en ring och RÅ 1975 s 25 (= NIR 1976 s 234) där registrering av bokstavskombinationen DLM vägrades. Den fråga som är av störst intresse i sistnämnda fall är dock egentligen inte att registrering inte ansågs kunna ske, utan istället att telle quelle-regeln inte bedömdes som tillämplig.
123. RÅ 1971 H 52.
124. Se ovan s 176 f.

nämnas nedanstående märke som söktes registrerat i vitt (M), rött (D) och svart (S).[125] Varken besvärsavdelningen eller regerings-



Fig 9

rätten ansåg att märket hade tillräcklig figurkaraktär. Båda domstolarna var emellertid oeniga. Nedanstående två märken har däremot av besvärsavdelningen godtagits som figurmärken.[126] Till

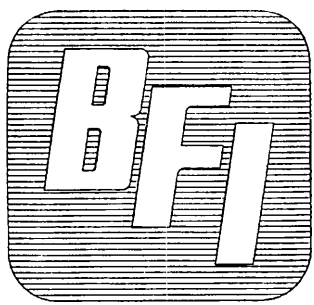


Fig 10



Fig 11

skillnad från besvärsavdelningen har regeringsrätten även ansett att nedanstående märke utgör ett figurmärke.[127] Domstolen anförde härvid:

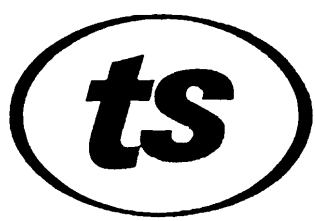


Fig 12

125. RÅ 1971 H 51 (= NIR 1972 s 216).
126. Besvärsavdelningen 9/75, fig 10 och 98/75, fig 11.
127. RÅ 1976 Ab 233.

"Det figurmärke, som avses med ansökningen, består av bokstäverna 'ts' i särskilt utförande, inskrivna i en liggande oval ram. Genom att ramen förkortats något i ändarna ger den en viss siluett-verkan. I målet är upplyst, att Tekno Spray sedan sex år tillbaka vid försäljning av sina varor i Sverige på etiketter, i prislistor och broschyrer samt i annan reklam bl a på mässor och utställningar använt sig av ett märke i allt väsentligt liknande det som avses med ansökningen. Märket har i den sålunda begagnade utformningen registrerats i Finland. Med hänsyn till alla de sålunda föreliggande omständigheterna måste märket anses äga särskiljningsförmåga."

Regeringsrätten betecknade således uttryckligen märket som ett figurmärke. Dess konstaterande av att märket har särskiljningsförmåga innebär följaktligen endast att märket ansågs uppfylla det generella kravet i 13 §, 1 st VmL. Genom att märkets relativt omfattande användning och den omständigheten att märket kunnat registreras i Finland speciellt omnämns får man dock intrycket att regeringsrätten ansåg att det var fråga om ett gränsfall.

En bedömning av huruvida ett visst märke har erforderlig särskiljningsförmåga för att kunna registreras är naturligtvis i hög grad ett in casu avgörande och det är därför svårt att dra några mer bestämda slutsatser av ett enstaka avgörande. Sammanfattningsvis kan emellertid ändå sägas att registreringspraxis uppvisar en bild som väl tycks återspegla de registreringssökta märkenas faktiska särskiljningsförmåga. Detta gäller både använda och oanvända märken. I några avgöranden där det varit fråga om märken med liten ursprunglig särskiljningsförmåga synes dock väl stränga krav på användning och inarbetning ha uppställts som villkor för registrering. För konsumenterna blir emellertid de negativa konsekvenserna av detta ändå begränsade, eftersom villkoren för skydd genom registrering har mindre betydelse från konsumentsynpunkt.

Mot bakgrund av vad som inledningsvis anförts i detta kapitel är den i jämförelse med tidigare relativt liberala praxis som nu råder att hälsa med tillfredsställelse. Enligt min mening kan det inte hävdas att praxis medför att konkurrerande näringsidkares möjlighet att fritt begagna vanliga ord i alltför hög grad inskränkts. Även om ett i språket ingående ord registrerats som varumärke finns det nämligen ändå ingenting som hindrar andra än kännetecknensinnehavaren från att använda ordet i sin vanliga språkliga betydelse.

3.4.1.3 Särskilt om varu- och förpackningsutstyrslar

Som framgått kan alla typer av objekt erhålla skydd som varukännetecken. En inskränkning i skyddets omfattning avseende objekt finns dock. Ensamrätten till ett varukännetecken omfattar inte sådana delar av kännetecknet som huvudsakligen tjänar till att göra varan eller dess förpackning mer ändamålsenlig eller eljest att fylla annan uppgift än att vara kännetecken, 5 § VmL. Uppenbarligen har inskränkningen så gott som uteslutande betydelse för varu- och förpackningsutstyrslar. En funktionell del av en sådan skyddas alltså inte, oavsett om varan eller förpackningen som helhet registrerats eller blivit så känd att den är att anse som inarbetad.[128]

Motsvarande regel finns även i de övriga nordiska ländernas varumärkeslagar. Enligt den tyska WZG kan som redan omtalats tredimensionella objekt som varu- och förpackningsutstyrslar överhuvudtaget inte skyddas som varumärken utan endast som "Ausstattung". Tekniskt betingade utstyrslar är dock även uteslutna från sådant skydd.[129]

I USA är rättsläget efter Sears-[130] och Compco-[131] avgörandena ganska oklart. Redan före dessa avgöranden kunde visserligen varken utstyrslar som bestod av själva varan, här kallade egentliga varuutstyrslar, och utstyrslar av förpackningar, d v s förpackningsutstyrslar erhålla skydd enligt common laws regler om varumärkesintrång ("trademark infringement") men däremot skyddades de enligt reglerna mot otillbörlig konkurrens ("unfair competition").[132] Dessutom kunde både egentliga varuutstyrslar och förpackningsutstyrslar registreras som varumärken enligt Lanham Act

128. SOU 1958: 10 s 249. Motsvarande regel gällde även före VmL:s ikraftträdande, se NJA 1918 s 180, Dunlop, där registreringen av ett märke som visade mönstret på däck därför hävdes. Se också Eberstein, Några varumärkesrättsliga spörsmål s 7 ff, 12 ff. I FL finns däremot inte något uttryckligt stadgande om att rätten till ett näringskännetecken inte omfattar kännetecken som huvudsakligen fyller en annan funktion än att vara sådant kännetecken.
129. Baumbach-Hefermehl II, § 25 särskilt anm 15, Busse, a a § 25 anm 13, Hubmann, a a s 226.
130. Sears Roebuck & Co v. Stiffel Co, 376 US 225, 54 TMR 217 (1964).
131. Compco Corp v. Day-Brite Lighting Inc, 376 US 234, 54 TMR 223 (1964).
132. McCarthy, vol 1 s 189.

och därigenom erhålla skydd.

Rättsläget ändrades emellertid genom Supreme Courts domar i Sears- och Compco-fallen.

I avgörandena, som avdömdes samma dag, var det fråga om efterbildningar av två olika slag av armatur. Underrätterna fann i båda fallen att marknadsföringen av efterbildningarna stred mot reglerna mot otillbörlig konkurrens. Supreme Court ansåg däremot att efterbildningarna var tillåtna och anförde, att delstatliga regler inte kan förhindra försäljningen av plagiat av sådana objekt som är oskyddade enligt federal lagstiftning.

Av Sears- och Compco-fallen torde följa att egentliga varuutstyrslar varken kan erhålla skydd enligt common law eller annan delstatlig rätt.[133] De flesta domstolar synes däremot inta ståndpunkten att användningen av förväxlingsbara förpackningsutstyrslar fortfarande kan förbjudas med stöd av delstatliga regler.[134]

Både egentliga varuutstyrslar och förpackningsutstyrslar anses i praxis fortfarande kunna registreras och få skydd enligt Lanham Act.[135] Frånsett att Sears- och Compco-fallen i senare praxis tolkats restriktivt talar härför även, att det i Compco-avgörandet endast sägs att egentliga varuutstyrslar som inte är skyddade enligt federal lagstiftning, till vilken ju Lanham Act hör, fritt får utnyttjas. Resultatet skulle således bli att endast federalt registrerade egentliga varuutstyrslar skyddas. Detta måste dock sägas stå i mindre god överensstämmelse med principen att varumärkesskydd inte uppkommer på grund av registrering utan på grund av användning. Å andra sidan avviker det skydd som federalt registrerade varu-

133. McCarthy vol 1 s 192 f, Spratling, The Protectability of Package, Container and Product Configurations, 63 TMR s 124 ff (1973). Dannay, The Sears-Compco Doctrine Today: Trademarks and Unfair Competition, 67 TMR s 143 (1977) intar dock en något mer tveksam attityd. Så tycks i ändå högre grad Callman göra, se vol 2 s 511 ff, särskilt s 518 ff, vol 3 s 407 ff.

134. Dannay, a a s 143 f, McCarthy, a a s 193. Dannay stöder sin ståndpunkt bl a på att Supreme Court i två senare avgöranden, Goldstein v. State of California, 412 US 546 (1973) och Kiwanee Oil Co v. Bicron Corp, 416 US 470 (1974) funnit det möjligt för en stat att genom lagstiftning ge en person ensamrätt till andra objekt än sådana som skyddas enligt federal lagstiftning. Annan mening dock Spratling, a s.

135. Callman, vol 3 s 411 ff, Dannay, a a s 144 f, McCarthy, a a s 211 ff, Spratling, a a s 141 ff.

märken har även på andra sätt från skyddet enligt common law. Rättsläget är dock fortfarande osäkert.[136]

Oavsett Sears- och Compco-avgörandenas betydelse för möjligheten att genom federal registrering skydda varu- och förpackningsutstyrslar gäller vidare, att skyddet bara omfattar icke-funktionella delar av sådana utstyrslar.[137] Amerikansk rätt överensstämmer således här med nordisk och tysk.

Motivet till att funktionella element är uteslutna från varumärkesrättsligt skydd är detsamma såväl i nordisk som tysk och amerikansk rätt. Man vill förhindra att varumärkeslagstiftningen skall öppna en möjlighet att erhålla en tidsmässigt obegränsad ensamrätt till sådana tekniska och funktionella element som inte uppfyller kraven för patent- eller mönsterskydd.[138]

Den svenska lagstiftaren är väl medveten om att särskilt förpackningar ofta fyller en viktig särskiljningsfunktion.[139] Såsom i förarbetena anförs torde det emellertid vara relativt ovanligt att rent funktionella delar av en utstyrsel fyller en faktisk särskiljningsfunktion. Normalt är det istället så att särskiljningsfunktionen fylls av vissa detaljer, t ex ett visst ornament eller viss färgsättning, som den funktionella utformningen kompletterats med. Dylika detaljer kan givetvis få varumärkesrättsligt skydd och en näringsidkare som önskar begagna sig av den funktionella designen får då ej utnyttja de skyddade detaljerna.[140]

Det kan emellertid väl tänkas att en utstyrsels särskiljande och tekniska delar helt sammanfaller. Enligt lagtexten skall då avgöras vilken av dessa funktioner som är den huvudsakliga. Finns detta vara den tekniska funktionen erhåller utstyrseln inget skydd och vice versa. Eftersom 5 § VmL enligt sin ordalydelse endast undan-

136. McCarthy, a a s 217 ff och Spratling, a a s 129 ff redovisar argument både för och emot skydd.
137. Dannay, a a s 144, McCarthy, a a s 194 ff.
138. Svensk rätt, SOU 1958: 10 s 104 ff, 248, prop 1960: 167 s 43 ff, 49 f, tysk rätt, ex Baumbach-Hefermehl II, § 25 anm 11, Pluta, Ausstattungsschutz und Freihaltebedürfnis bei Warengestaltungen, i Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Wirtschaftsrecht, Mitarbeiterfestschrift zum 70. Geburtstag von Eugen Ulmer s 258 f, amerikansk rätt ex McCarthy, a a s 194 f.
139. SOU 1958: 10 s 104 f, prop 1960: 167 s 40.
140. SOU 1958: 10 s 249, Eberstein, Om konflikter mellan inbördes självständiga immaterialrättigheter, NIR 1964 s 95 f.

tar sådana utstyrslar eller delar av utstyrslar som huvudsakligen fyller någon annan funktion än att vara kännetecken från skydd, borde utstyrseln enligt lagtexten skyddas i de fall där ingen funktion kan sägas vara den huvudsakliga. I förarbetena anges dock att lagtexten är avsedd att få en annan tolkning. Särskilt tydligt framgår detta av propositionen där departementschefen uttalar följande:[141]

"Jag vill vidare understryka, att skyddet måste begränsas till sådana moment i utstyrseln som *uteslutande* tjänar som varukännetecken. Av särskild vikt är att skyddet icke får omfatta funktionella och tekniska beståndsdelar. Denna begränsning följer av 5 § i förslaget" (kursiverat här).

5 § VmL har åberopats sparsamt i praxis. I ett avgörande har dock besvärsavdelningen funnit att en kondoms utstyrsel inte kunde registreras, bl a beroende på att den även hade funktionella element.[142] Stadgandet kan även ha haft betydelse i Philishave-avgörandet.[143]

Philips ansökte om varumärkesregistrering av utseendet på rakapparaten Philishave. Apparatens design torde ursprungligen främst ha varit funktionellt betingad, men enligt bolaget hade utseendet sedermera blivit inarbetat. Såväl varumärkesbyrån som besvärsavdelningen och regeringsrätten ansåg att rakapparatens design inte kunde registreras. Regeringsrätten anförde bl a:

> "Enär rakapparatens form inte kan anses utgöra sådan säregen utstyrsel av vara som avses i 1 § varumärkeslagen, kan utstyrseln — oavsett vilken särskiljningsförmåga rakapparaten kan ha vunnit under marknadsföringen — icke registreras som varumärke."

Regeringsrättens motivering tyder möjligen på att domstolen ansåg att rakapparatens utformning, oavsett om den var inarbetad eller inte, ändå främst var funktionellt betingad och därmed ej möjlig att skydda som varumärke.[144] Den kortfattade motiveringen kan dock, som nedan kommer att framgå, även tolkas på andra sätt.[145]

---

141. Prop 1960: 167 s 49 f.
142. Besvärsavdelningen 154/74.
143. RÅ 1966 s 35 (= NIR 1966 s 165).
144. Jfr Carlman, a a s 131.

Enligt 1 §, 2 st VmL kan endast säregna varu- och förpackningsutstyrslar registreras. Ordet "säregen" används enligt förarbetena för att markera att kravet på särskiljningsförmåga är strängare för utstyrslar än för andra typer av objekt.[146]

Däremot kan även utstyrslar som inte är säregna inarbetas. Detta följer av att alla typer av objekt kan erhålla inarbetningsskydd. För utstyrslar torde det dock vara av särskild betydelse att observera att sådant skydd inte uppkommer så snart utstyrseln blivit allmänt känd, utan att det krävs att den blivit allmänt känd just som symbol för ett visst kommersiellt ursprung. Utstyrseln måste med andra ord vara känd i sin varumärkesfunktion. Huruvida domstolarna uppställer särskilt stränga krav för att anse utstyrslar inarbetade kan i brist på vägledande praxis ej avgöras.

Däremot kan konstateras att registreringspraxis är sträng. Vid en redogörelse för denna måste skillnad göras mellan egentliga varuutstyrslar respektive förpackningsutstyrslar, eftersom strängare krav på särskiljningsförmåga uppställs för de förstnämnda.[147] Anledningen härtill torde vara att ensamrätt till en egentlig varuutstyrsel normalt anses få starkare konkurrensbegränsande verkan.

Det stränga kravet på särskiljningsförmåga för egentliga varuutstyrslar har medfört att registrering vägrats i ett flertal fall, varav det mest kända torde vara Rigello-avgörandet.[148] Däremot har

---

145. Se nedan s 186. Det avgörande från NOp som låg till grund för Ebersteins ovan i not 140 omnämnda artikel bör här också nämnas (ärende 449161, avgjort 19 januari 1962). Avgörandet rör en tvist mellan Melitta-Werke och Zoégas Kaffe AB och gällde huruvida sistnämnda bolags försäljning av en kaffefiltertratt som var mycket lik Melittas stred mot god affärssed. NOp fann att så inte var fallet oavsett om Melittas kaffefiltertratt blivit inarbetad. Nämnden tog som vanligt inte ställning till om förfarandet var lagstridigt, men man torde kunna utgå från att försäljningen bedömts som stridande mot god affärssed om den innefattat varumärkesintrång. Med största sannolikhet har nämnden därför ansett att hela filtertrattens utformning varit huvudsakligen funktionellt betingad i den mening som avses i 5 § VmL.
146. SOU 1958: 10 s 106, 218, prop 1960: 167 s 49, Heiding, Sv vm-rätt s 31 f.
147. Carlman, a a s 131, besvärsavdelningen i RÅ 1966 s 35 (= NIR 1966 s 165), Philipshave och RÅ 1974 A 319—320 (= NIR 1974 s 321), Rigello.
148. RÅ 1974 A 319—320 (= NIR 1974 s 321). Rigelloflaskan har däremot kunnat registreras som förpackningsutstyrsel. Se vidare besvärsavdelningen 81/68, 39/71, 133/75 och patentbesvärsrätten 115/78.

exempelvis den röd-vit randiga tandkrämen Signal[149] och en chokladpralins utformning kunnat registreras.[150] Både lagtextens generella utformning och förarbetena talar för att regeln i 13 § VmL om att användning kan bota bristande ursprunglig särskiljningsförmåga är tillämplig även på egentliga varuutstyrslar. I de senare sägs således att regeln "gäller alla slag av varumärken och varje form av deskriptivitet".[151] Patentbesvärsrätten synes dela denna uppfattning.[152] Det kan emellertid ifrågasättas om även regeringsrätten intar samma ståndpunkt. Dess motivering i Philishave-fallet[153] är så knapphändig att den kan tolkas på flera olika sätt. Som redan omtalats förefaller det visserligen inte otroligt att domstolen ansåg att rakapparatens utformning var utesluten från varumärkesrättsligt skydd på grund av bestämmelsen i 5 § VmL. Det är emellertid också tänkbart att regeringsrätten menade att endast egentliga varuutstyrslar som i sig är säregna kan registreras och att brist i detta hänseende inte kan botas genom användning. Endast egentliga varuutstyrslar med stark ursprunglig särskiljningsförmåga skulle alltså kunna registreras. Själva ordalydelsen hos 1 §, 2 st VmL ger också ett visst stöd för åsikten att endast i sig säregna utstyrslar kan registreras. En sådan tolkning står dock i strid såväl med den princip som gäller för varumärken som utgörs av andra typer av objekt än varuutstyrslar som förarbetsuttalanden och patentbesvärsrättens praxis.[154]

För förpackningsutstyrslar ställs som nämnts lägre krav på särskiljningsförmågan än för egentliga varuutstyrslar. Det torde även i verkligheten vara ovanligare att förpackningars utformning är huvudsakligen funktionellt betingade. Ett stort antal förpackningar, däribland många flaskor, har därför kunnat registreras. Som välkända exempel kan nämnas Coca-Cola-flaskan och den kartong Melittas kaffefilter försäljs i.[155] Bristande ursprunglig särskiljnings-

149. Besvärsavdelningen 33/62.
150. Besvärsavdelningen 139/76.
151. SOU 1958: 10 s 274, Heiding, a a s 31 f.
152. Se dess beslut och utlåtande i Philipshave-fallet samt besvärsavdelningen 39/71 och patentbesvärsrätten 115/78.
153. RÅ 1966 s 35 (= NIR 1966 s 165), se ovan s 184.
154. Carlman, a a s 131 intar dock möjligen denna ståndpunkt.
155. Besvärsavdelningen 28/65. För fler exempel se Carlman, a a s 114 ff, Moore, a a s 10 ff, 20 ff, 31.

förmåga anses enligt patentbesvärsrättens praxis kunna botas genom användning.[156] Regeringsrätten har dock aldrig tagit ställning i denna fråga.

Det kan således konstateras att huvudsakligen funktionellt betingade utstyrslar inte kan skyddas som varukännetecken och att registreringspraxis även i övrigt är sträng. En följd härav blir att vissa utstyrslar som fyller en varumärkesfunktion vid sidan av sin tekniska funktion kan komma att lämnas utan skydd. Lagstiftaren har emellertid ansett det angelägnare att förhindra att en enskild näringsidkare med stöd av en varumärkesrätt kan få en i tiden obegränsad ensamrätt till en utstyrsel som är tekniskt fördelaktig. Inskränkningen i varukänneteckensskyddets omfattning avseende objekt har således gjorts av hänsyn till ett annat allmänt intresse än att motverka förväxlingar av varors kommersiella ursprung. Det är följaktligen inte fråga om att varumärkesinnehavarnas intressen tillgodosetts på konsumenternas bekostnad. Från konsumentsynpunkt är det dock givetvis väsentligt att både intresset av att förhindra oberättigade monopol och önskan att motverka förväxlingar samtidigt tillgodoses i så hög grad som möjligt. På grund av omfattningen av det skydd ett varukännetecken erhåller enligt VmL torde det emellertid vara svårt att finna en annan gränsdragning än den nuvarande, såvida inte varumärkesrättens omfattning förändras. Eberstein[157] har här anfört att lagstiftaren de lege ferenda bör fråga sig om

"när ett tekniskt problem har flera lösningar, en känneteckensrätt kunde medgivas även till sådan lösning av det tekniska problemet som inarbetats i marknaden såsom kännetecken för viss näringsidkare".

Enligt Eberstein finns det inte

"något skäl varför en teknisk prestation, som inte är unik, i och för sig skulle ha företräde framför rätten till ett inarbetat kännetecken. Principiellt finns det därför knappast anledning att bestämma försteget för den ena eller andra rättigheten efter annan grund än tidsprioriteten."

156. Carlman, a a s 124 som härvid stödjer sig på besvärsavdelningen 28/65 och 85/70.
157. A a s 101.

Gentemot detta kan dock invändas att det normalt torde vara lättare och mindre kostsamt att vidta en åtgärd som undanröjer risken för förväxlingar än att variera en funktionell formgivning. Som kommer att framgå i nästföljande stycke öppnar däremot MFL på denna punkt vissa möjligheter till andra typer av ingrepp än ett totalförbud att använda en viss utstyrsel.

3.4.2 Marknadsföringslagen

Någon annan förutsättning för att ingrepp med stöd av 2 § MFL skall kunna ske mot vilseledanden om kommersiellt ursprung än att sådant vilseledande skall kunna uppkomma, anges inte i lagens förarbeten. Nedan skall därför undersökas om några mer detaljerade rekvisit har vuxit fram i praxis.

MD har hittills behandlat nio fall av ifrågasatt vilseledande om kommersiellt ursprung. Därtill kommer två fall där talan förts om uppenbart vilseledande marknadsföring och som alltså avgjorts av allmän domstol. Dessa elva avgöranden går i korthet ut på följande:

MD 1972: 8 (= NIR 1972 s 460, PKF 1972: 6—7 s 141), Svensk Rättshjälp. Användningen av orden SVENSK RÄTTSHJÄLP som kännetecken på en juristbyrå som inte hade någon anknytning till den offentliga rättshjälpen ansågs vilseledande, bl a eftersom användningen ansågs kunna leda till förväxlingar mellan byrån och rättshjälpsanstalterna.[158]

MD 1972: 10 (= NIR 1972 s 463, PKF 1972: 9 s 90), Catalina. Catalina-Martin hade sedan länge marknadsfört en jacka av visst utseende och med ett foder vars mönster utgjordes av avbildningar av flygfiskar. En konkurrents användning av ett mycket likartat foder i så gott som identiska jackor ansågs ägnat att vilseleda konsumenterna angående jackornas kommersiella ursprung.

Folkungabygdens tingsrätt, dom 5.11.1973, nr DB 207. Catalina-Martin-jackorna har också varit inblandade i ett avgörande rörande ifrågasatt uppsåtligt vilseledande enligt nuvarande 6 § MFL. En näringsidkare hade i en annons påstått att han sålde Catalina-Martin-jackor trots att jackorna var av annat ursprung. Tingsrätten ansåg det dock inte styrkt att

158. Jfr Hovrättens för Västra Sverige dom 29 maj 1973, refererad i KO:s tidskrift 1973: 5 s 13, som också rör Svensk Rättshjälp.

den åtalade haft något brottsligt uppsåt och man behövde därför inte gå in på om vilseledande förelåg. Avgörandet saknar därför intresse för den här undersökta frågan och kommer i fortsättningen inte att beröras.

MD 1973: 15 (= NIR 1973 s 462, PKF 1973: 7—8 s 107), Axelssons Gymnastiska Institut. Institutets användning av förkortningen A G I ansågs vilseledande, bl a eftersom bokstäverna tidigare använts som förkortning för Arwedsons Gymnastikinstitut och alltjämt användes som beteckning för sjukgymnaster som utexaminerats därifrån.

NIR 1973 s 119, Carlsson-högtalare. En näringsidkares användning av denna beteckning ansågs vilseledande eftersom den redan tidigare börjat användas som kännetecken för högtalare med annat ursprung.

MD 1974: 5 (= NIR 1974 s 330, PKF 1974: 5—6 s 83), Blomin. Bukettens användning av den nedan till höger avbildade förpackningen för växtgödningsmedel ansågs vara ägnad att vilseleda konsumenterna om varans kommersiella ursprung, eftersom Barnängen redan tidigare börjat sälja växtgödningsmedel i den nedan till vänster avbildade förpackningen. Båda förpackningarna hade samma färg.



Fig 13



Fig 14

MD 1976: 11 (= NIR 1976 s 407), Kevi. Marknadsföringen av efterbildade länkrullar har inte ansetts vara ägnad att vilseleda konsumenterna om rullarnas kommersiella ursprung, eftersom originalrullarna inte ansågs inarbetade och det sätt på vilket inköpen av rullarna gjordes minskade risken för förväxlingar.

MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410), SparKronan. Användningen av firmabeteckningen SPARKRONAN för ett fastighetsförmedlingsaktiebolag som inte hade något samband med Stockholms Sparbank ansågs vilseledande, eftersom Sparbanken driver samma slag av rörelse under kännetecknen EKKRONAN och SPAREKEN.

MD 1976: 19 (= NIR 1976 s 412), Philip Morris. Användningen av den nedan till höger avbildade cigarrettförpackningen ansågs inte otillbörlig trots likheten med den nedan till vänster av Philip Morris använda förpackningen. MD ansåg dels att förpackningstypen allmänt användes för exklusiva cigarretter, dels att cigarrettköparna hade stor märkesmedvetenhet.

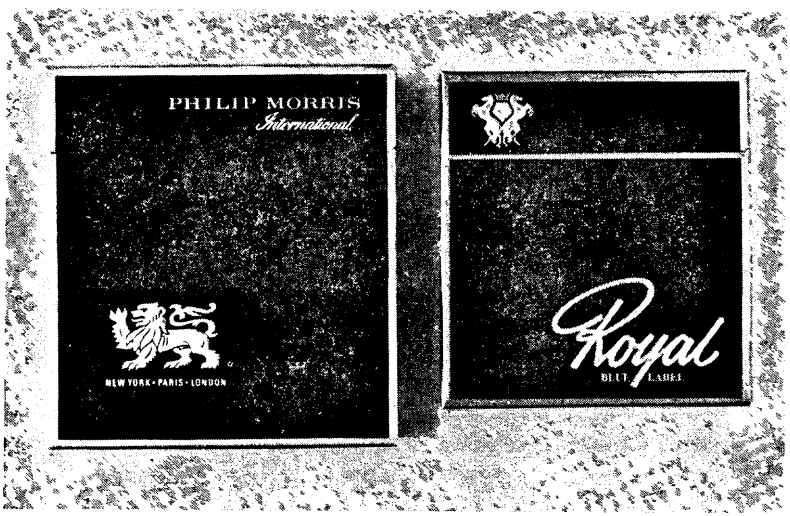


Fig 15 *Fig 16*

MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243), Fiskars. Marknadsföringen av en sax som var mycket lik en av Fiskars tillverkad sax ansågs inte otillbörlig, framför allt på grund av att Fiskars-saxen inte ansågs ha tillräcklig särprägel.

MD 1977: 28, Cancium. Användningen av en påse som hade vissa likheter med en av en konkurrent redan tidigare använd påse ansågs ej otillbörlig, eftersom den senare varken ansågs ha särprägel eller vara inarbetad.

Av ovannämnda avgöranden framgår att MD kräver både visst mått av särprägel hos och viss kännedom om det äldre av de båda förväxlingsbara objekten för att vilseledande om kommersiellt ursprung skall anses föreligga. Dessa båda rekvisit skall närmare analyseras nedan.

3.4.2.1 Kravet på särprägel

Kravet på särprägel kommer framför allt till uttryck i Fiskars- och Canicum-fallen.[159] Innebörden av kravet framgår emellertid tydligast om inledningsvis en kronologisk genomgång av praxis görs.

Av motiveringen i Svensk Rättshjälp-fallet[160] framgår att MD ansåg att beteckningen SVENSK RÄTTSHJÄLP i första hand var i sig vilseledande, genom att den gav konsumenterna en felaktig uppfattning om den ifrågavarande tjänstens beskaffenhet.[161] Ordet "rättshjälp" är ju beskaffenhetsangivande även om all rättshjälp kan sägas ha samma kommersiella ursprung. Avgörandet är därför av mindre intresse för den här diskuterade frågan. Genom en hänvisning till en framställning från Föreningen Sveriges Rättshjälpsjurister framgår emellertid att även förväxlingsmöjligheten med rättshjälpsanstalterna observerades. Huruvida ordet "rättshjälp" har särprägel berördes av naturliga skäl inte, men däremot konstaterades att begreppet "rättshjälp" för allmänheten otvivelaktigt framstår som den hjälp det allmänna lämnar i rättsliga angelägenheter.

I Catalina-fallet[162] anförde MD att den figur föreställande en flygfisk som återfanns på fodret i Catalina-Martins jacka och som efterbildats, sedan lång tid var registrerad och inarbetad som varu-

159. MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243), resp MD 1977: 28.
160. MD 1972: 8 (= NIR 1972 s 460, PKF 1972: 6—7 s 141).
161. Samma Bernitz, Marknadsföringslagen och känneteckensskyddet, NIR 1975 s 195 f.
162. MD 1972: 10 (= NIR 1972 s 463, PKF 1972: 9 s 90).

märke för dessa jackor, samt att flygfiskarna hade erhållit en karakteristisk placering i fodrets mönster. Uttalandet ger dock inte intrycket av att MD ansåg dessa omständigheter nödvändiga för att ett ingrepp skulle kunna ske, utan de tycks framför allt ha legat till grund för slutsatsen att plagieringen måste anses avsiktlig. Det är också uppenbart att åtminstone det förhållandet att det plagierade objektet var registrerat som varumärke saknade betydelse för bedömningen av om förfarandet stred mot 2 § MFL.[163]

I beslutet att förbjuda Axelssons Gymnastiska Institut att använda sig av förkortningen A G I berörde MD inte på något sätt om domstolen ansåg att förkortningen hade särprägel, utan det uttalades bara att användningen av förkortningen var ägnad att leda till förväxlingar. MD torde själv främst ha sett avgörandet, som även rör andra frågor, som ett förbud att använda ett i sig vilseledande kännetecken.[164]

I det enligt nuvarande 6 § MFL avgjorda fallet rörande beteckningen CARLSSON-HÖGTALARE berörde Solna tingsrätt inte heller frågan om beteckningen hade särprägel.[165]

I Blomin-avgörandet[166] däremot analyserade MD utförligt Blominflaskans utformning och kom till resultatet att förpackningen såsom helhet i hög grad kunde anses förtjäna omdömet att vara särpräglad. Likaså fann MD att den i Kevi-målet[167] aktuella länkrullen hade en "särpräglad formgivning".

Huruvida kännetecknen EKKRONAN och SPAREKEN hade särprägel berördes däremot inte i SparKronan-målet.[168] MD tycks dock ha utgått ifrån att kännetecknen, särskilt EKKRONAN, var kända av en stor del av allmänheten.

Angående Philip Morris-förpackningen[169] anförde MD att den var elegant och därför gav ett intryck av att cigarretterna var exklusiva, men att förpackningen däremot inte kunde sägas utpeka något visst kommersiellt ursprung. Domstolen måste således ha

163. Prop 1970: 57 s 90.
164. Bernitz, a a s 188. Jfr dock nedan s 196 f.
165. NIR 1973 s 119.
166. MD 1974: 5 (= NIR 1974 s 330, PKF 1974: 5—6 s 83).
167. MD 1976: 11 (= NIR 1976 s 407).
168. MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410).
169. MD 1976: 19 (= NIR 1976 s 412).

ansett att förpackningens särprägel som varukännetecken var liten.

Kravet på särprägel träder, som tidigare nämnts, särskilt tydligt fram i Fiskars-fallet.[170] MD anförde där att det för möjligheten att förbjuda efterbildningen av annan näringsidkares vara i första hand är av betydelse huruvida den efterbildade varan kan anses ha särpräglad utformning. Eftersom Fiskars-saxen inte ansågs ha sådan utformning kunde något förbud mot marknadsföringen av efterbildningen inte meddelas.

Samma inställning möter också i Canicum-målet.[171] MD anförde där bl a:

"I ärendet Kevi A/S ./. AB Hillerstorps mekaniska verkstad, beslut 11/1976, har domstolen funnit anledning att särskilt klargöra betydelsen av att den efterbildade varan kan anses ha en särpräglad utformning; föreligger inte sådan, saknas själva grundbetingelsen för att vilseledande angående det industriella ursprunget skulle kunna uppstå."

Därefter konstaterades att de i målet aktuella förpackningarna saknade erforderlig särprägel och att efterbildningen därför inte kunde förbjudas.[172]

En analys av ovanstående praxis underlättas om inledningsvis skillnad görs mellan ord- och bokstavskännetecken å ena sidan och kännetecken som består av varan eller dess förpackning å den andra. Såvitt gäller kännetecken som tillhör den första gruppen har MD inte i något av de tre fall man avgjort, Svensk Rättshjälp, A G I och SparKronan, uppställt särprägel som en självständig förutsättning för att ingrepp skall kunna ske. Detta gjorde inte heller

170. MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243).
171. MD 1977: 28.
172. Vid bedömningen av om påsarnas färgkombination hade någon särprägel anförde MD bl a:
"Färgkombinationen gult och brunt hos Triumph-förpackningarna kan inte i sig anses förläna särprägel åt förpackningarna; att en sammanställning av bara två färger skulle kunna uppfattas såsom exklusivt förbehållen viss förpackning eller produkt måste betraktas såsom uteslutet." Någon kritik kan inte riktas mot MD:s bedömning att färgkombinationen hos Triumph-förpackningarna saknade särprägel men däremot mot motiveringen. Som ovan angivits har ju en tvåfärgskombination, nämligen utstyrseln av tandkrämen Signal, t o m ansetts uppfylla det förhöjda krav på särskiljningsförmåga som utgör en förutsättning för att en varuutstyrsel skall kunna registreras som varumärke, se besvärsavdelningen 33/62.

tingsrätten i avgörandet rörande kännetecknet CARLSSON-HÖG-TALARE. Huruvida kännetecknen haft särprägel har överhuvudtaget inte berörts.

I alla de sju avgöranden som rör kännetecken som består av varan själv eller dess förpackning tycks däremot det först ibruktagna kännetecknets särprägel ha påverkat utgången. Det framgår dock knappast förrän i Fiskars-målet att särprägel skulle vara en direkt förutsättning för att vilseledande om kommersiellt ursprung skall anses föreligga.

Som på flera ställen påpekats är särskiljningsförmåga en förutsättning för att ett objekt skall kunna särskilja varor med olika kommersiellt ursprung från varandra och därmed kunna fungera som varukännetecken. Förväxlingar mellan objekt som saknar särskiljningsförmåga kan därför omöjligen leda till vilseledanden om kommersiellt ursprung. Om MD med särpräglade kännetecken menar sådana som har särskiljningsförmåga kan därför inte någon kritik riktas mot att särprägel uppställs som förutsättning för att ingrepp skall kunna ske. Tvärtom är då särprägel även en förutsättning för ingrepp mot användningen av förväxlingsbara ord- och bokstavskännetecken oavsett om detta explicit uttalas eller inte.

Det är emellertid ingalunda säkert att MD använder beteckningen "särprägel" för att beteckna detsamma som enligt VmL avses med "särskiljningsförmåga". Tvärtom tyder Fiskars-avgörandet[173] närmast på att så inte är fallet. Efter att ha konstaterat att särpräglad utformning är en förutsättning för ett förbud anförde nämligen domstolen med anledning av att det i målet framkommit att det fanns en äldre sax, Canary-saxen, vars utseende hade vissa likheter med Fiskars-saxen:

"Vid jämförelse mellan den i ärendet såsom exempel på skräddarsax åberopade Canary-saxen och Fiskars' sax framträder klara likheter vad gäller utformningen av dessa saxars handtag. Om man bortser från dimensionerna framstår handtagen såsom i det närmaste identiska."

Med hänsyn framförallt härtill ansågs Fiskars-saxen sakna särprägel. Det citerade uttalandet tyder på att domstolen anser att

173. MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243).

endast nya utformningar kan ha särprägel. Uttalandet leder tankarna till nyhetskravet inom mönsterrätten. Nyhet är emellertid inte något krav för särskiljningsförmåga. Om Canary-saxen var okänd av de allra flesta personer som ingick i Fiskars-saxens omsättningskrets i varumärkesrättslig mening, något som förefaller ganska troligt, kan Fiskars-saxen mycket väl ha haft särskiljningsförmåga även om dess utformning var lik Canary-saxens. Den senares existens är under den givna förutsättningen helt irrelevant för avgörandet av om Fiskars-saxen hade särskiljningsförmåga. MD:s motivering är också helt inkonsistent med den tanke som ligger bakom kravet på inarbetning.

Även det i samma avgörande gjorda uttalandet att enär

"plast i dagens läge måste betraktas som ett naturligt materialval kan därav betingade storleksskillnader inte medföra att Fiskars' sax skall anses ha en särpräglad utformning"

tyder på att beteckningen särprägel är avsedd att innebära något annat än att objektet har särskiljningsförmåga. Det förhållandet att ett föremål måste ha en viss utformning för att kunna fylla en given teknisk funktion innebär nämligen inte automatiskt att utformningen saknar särskiljningsförmåga. I så fall skulle ju bestämmelsen i 5 § VmL närmast sakna betydelse. För att utformningen av ett objekt som har en ovanlig design skall sakna särskiljningsförmåga på grund av att utformningen är funktionellt betingad krävs, att konsumenterna är medvetna om detta faktum. Så torde dock endast i mycket begränsad utsträckning ha varit fallet såvitt gäller Fiskars-saxen. Det tycks därför som om MD under kravet på särprägel även tar viss hänsyn till om den ifrågavarande utformningen är funktionellt betingad. Det synes mig emellertid bättre om domstolen öppet redovisat, om och i så fall i vilken mån, ingrepp mot vilseledanden om kommersiellt ursprung kan ske där vilseledandet grundas på en efterbildning av en tekniskt betingad utformning.

Motiveringen i Fiskars-målet tyder på att domstolen är obenägen att ingripa med ett förbud av det slag som hittills varit aktuellt vid efterbildningar av tekniskt betingade utformningar. Detta är också välmotiverat, eftersom det är en grundtanke i svensk kon-

kurrensrätt att envar har rätt att utnyttja tekniskt betingade utformningar som saknar patent- eller mönsterskydd. I förarbetena till MFL betonas att lagen inte är avsedd att medföra någon utvidgning av detta skydd.[174]

Härav följer emellertid bara att ingrepp inte kan ske mot vilseledanden som orsakas av efterbildningar just av de funktionella elementen hos en produkt. Det torde dock vara mycket ovanligt att alla element hos en sådan varuutstyrsel som kan ligga till grund för vilseledanden om kommersiellt ursprung är funktionellt betingade. Som exempel på ett element som vanligen inte fyller någon teknisk funktion kan nämnas varans färg. Om färgen bidrar till förväxlingarna kan därför normalt marknadsföringen av en förväxlingsbar vara i samma färg som originalvaran förbjudas. Eftersom det i praktiken är mycket svårt att få varumärkesrättsligt skydd för en viss färg är detta ett exempel på en situation där MFL ger större möjligheter att ingripa än VmL.

Eftersom särskiljningsförmåga hos ett kännetecken är en förutsättning för att användningen av andra förväxlingsbara kännetecken skall kunna leda till vilseledanden om kommersiellt ursprung oavsett vilka typer av objekt kännetecken utgörs av, uppkommer givetvis frågan varför MD tycks ha gjort skillnad mellan ord- och bokstavskännetecken å ena sidan och kännetecken som består av varan själv eller dess förpackning å den andra? I viss mån kan det nyss konstaterade förhållandet att särprägel inte använts som synonym till särskiljningsförmåga ha bidragit. Praxis ger emellertid intrycket av att huvudorsaken är att de avgöranden som rört ord- och bokstavskännetecken inte har uppfattats som rena vilseledanden om kommersiellt ursprung. Den typ av objekt kännetecknen utgjorts av synes således inte ha haft någon större betydelse. Domstolarna tycks ha uppfattat inte bara SVENSK RÄTTSHJÄLP utan även A G I, CARLSSON-HÖGTALARE och SPARKRONAN som primärt i sig vilseledande. Som redan antytts är detta också det naturligaste när det gäller beteckningen SVENSK

174. SOU 1958: 10 s 248, SOU 1966: 71 s 236 ff, prop 1970: 57 s 75, Bernitz, Otillbörlig marknadsföring och illojal konkurrens — aktuella problem och utvecklingstendenser i Norden, NIR 1971 s 269 ff, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 79 ff, Bernitz-Pehrson-Sandgren, a a s 98 ff, Svensson, a a s 302 ff.

RÄTTSHJÄLP. Däremot kan kännetecknen A G I, CARLSSON-HÖGTALARE och SPARKRONAN omöjligen anses som i sig vilseledande, utan en förutsättning för att användningen av dessa kännetecken skall kunna leda till några vilseledanden är att kännetecknen förväxlas eller jämförs med andra redan tidigare använda kännetecken. Till skillnad från de avgöranden där det varit fråga om kännetecken som bestått av varan själv eller dess förpackning tycks emellertid i A G I-, Carlsson-högtalare- och Spar-Kronan-fallen olikheterna mellan de inblandade produkternas egenskaper ha varit så stora, att vilseledandet om produkternas kommersiella ursprung i sin tur även lett till mer betydande vilseledanden om deras egenskaper. Att detta varit KO:s uppfattning är uppenbart, eftersom han fört talan i dessa mål trots att han normalt inte ingriper när han anser att det enbart är fråga om vilseledande om kommersiellt ursprung.[175] Enligt marknadsdomstolen behöver emellertid inte några verkliga skillnader mellan de inblandade varorna föreligga för att känneteckensanvändningen skall vara otillbörlig, utan det räcker att konsumenterna tror att så är fallet. I SparKronan-fallet[176] uttalade nämligen MD att det i och för sig saknade betydelse huruvida konsumenterna verkligen fick större trygghet och bättre service om de vände sig till sparbank istället för SPARKRONAN, eftersom domstolen fann det uppenbart att många konsumenter trodde att sparbankens tjänster var förmånligare.

Även om någon kritik inte kan riktas mot att särprägel i betydelsen särskiljningsförmåga uppställs som krav för att ingrepp mot vilseledanden om kommersiellt ursprung skall kunna ske, bör emellertid observeras att detta krav alltid är uppfyllt så snart det visats att det äldre kännetecknet blivit känt som sådant inom en beaktansvärd del av omsättningskretsen eller att vilseledanden om kommersiellt ursprung faktiskt förekommer. Existensen av vilseledanden om kommersiellt ursprung förutsätter ju att det äldre kännetecknet är känt av den som vilseleds, vilket i sin tur förutsätter att kännetecknet har särskiljningsförmåga. Sådan förmåga bör därför inte utgöra ett självständigt krav för ingrepp vid sidan om

175. Se ovan s 85 f.
176. MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410).

kravet på viss kännedom om kännetecknet.

Enligt min mening är det också olyckligt att MD tycks ha valt att använda ordet särprägel istället för särskiljningsförmåga bland annat för att markera att något annat än faktisk särskiljningsförmåga är en förutsättning för ingrepp. Detta står i strid med en grundtanke bakom MFL, nämligen att lägga den uppfattning konsumenterna i verkligheten får av en marknadsföringsåtgärd till grund för otillbörlighetsbedömningen och medför därmed att det kan komma att saknas möjlighet att ingripa även i sådana situationer där ett större antal vilseledanden faktiskt förekommer. Det mer formella betraktelsesätt som möter i uppräkningen i 13 §, 1 st, 1 p VmL av vilka varumärken som skall anses sakna särskiljningsförmåga bör inte påverka bedömningen enligt MFL, eftersom vad där sägs främst syftar till att ge riktlinjer för bedömningen av icke använda märken. Vid avgöranden enligt MFL är det däremot alltid fråga om använda kännetecken.

Det förefaller mig också lämpligare att öppet konstatera att möjlighet till ingrepp saknas på grund av att det efterbildade objektets utformning fyller en teknisk funktion, än att försöka pressa in även sådana överväganden i bedömningen av om kännetecknet har särprägel.

Om en näringsidkare vilseleder konsumenterna om sina varors kommersiella ursprung genom att utnyttja en tekniskt betingad del av en konkurrentvaras utstyrsel skulle det enligt vad som hittills framförts kunna saknas möjlighet att ingripa. Det ovan sagda avser emellertid bara sådana förbud att använda det vilseledande kännetecknet som kan meddelas med stöd av 2 § MFL. Vid sidan härvid finns enligt 3 § MFL en möjlighet att ålägga en näringsidkare att lämna sådan information som har särskild betydelse från konsumentsynpunkt. Åläggande kan enligt förarbetena meddelas så snart "ett icke helt obetydligt behov föreligger och inte bara i sådana fall som är särskilt allvarliga".[177] Avsikten är att 3 § skall konkretiseras genom att konsumentverket, normalt efter förhandlingar med näringslivet, utfärdar icke-bindande riktlinjer. Departementschefen utgick ifrån att informationsförelägganden i första

177. Prop 1975/76: 34 s 126.

hand skulle bli aktuella i sådana fall då en näringsidkare inte följt riktlinjernas rekommendationer. För närvarande finns dock ännu inga generella riktlinjer angående kommersiellt ursprung. Att upplysningar om en varas kommersiella ursprung kan ha särskild betydelse från konsumentsynpunkt är dock klart, eftersom det i reklamutredningens förslag till Lag om information i reklam och annan marknadsföring, vilken ligger till grund för 3 § MFL, fanns en uttrycklig bestämmelse om att informationsålägganden bland annat kan avse[178]

"vem som tillverkar, importerar eller saluför varan eller tillhandahåller eller utför tjänsten".

Detta och övriga exempel som angavs torde vara vägledande för vilken information en näringsidkare kan åläggas att lämna enligt 3 § MFL, trots att de inte intogs i lagtexten.[179] Genom att en näringsidkare kan åläggas att lämna information om det faktiska och/eller kommersiella ursprunget kan i någon mån de nackdelar som är förbundna med regeln att tekniskt betingade varu- och förpackningsutstyrslar är uteslutna från skydd minskas. Effekten av ett informationsföreläggande blir dock till stor del beroende av hur tydligt den ålagda informationen framställs. Vilka krav som här kan uppställas har dock lämnats helt öppet. Ålägganden som t ex att föreskriva att varan bara får marknadsföras i viss färg eller måste förpackas på visst sätt är däremot alltför omfattande för att kunna meddelas med stöd av 3 § MFL.

3.4.2.2 Kravet på inarbetning

I Kevi-målet[180] anges för första gången uttryckligen att inarbetning är en förutsättning för att ingrepp mot vilseledande om kommersiellt ursprung skall kunna ske. Liksom vid analysen av kravet på särprägel är det emellertid lämpligt att göra en kronologisk genomgång av rättsfallsmaterialet.

178. Se SOU 1974: 23 s 9.
179. Bernitz, Den nya marknadsföringslagen s 9 f.
180. MD 1976: 11 (= NIR 1976 s 407).

Det första avgörandet, Svensk Rättshjälps-målet,[181] är dock av mindre intresse, eftersom det primärt rör ett i sig vilseledande kännetecken och avgörandet kommer därför inte att närmare behandlas här.

I Catalina-målet[182] fastslog MD att den efterbildade flygfisken sedan lång tid var registrerad och inarbetad som kännetecken för Catalina-Martin jackorna. Som redan antytts i avsnitt 3.4.2.1 tycks dock detta faktum i första hand ha bidragit till att det aktuella vilseledandet bedömts som uppsåtligt.[183]

Huruvida MD ansåg att förkortningen A G I var inarbetad framgår däremot inte, utan i avgörandet konstateras endast att förkortningen använts tidigare.[184] Inte heller berörde Solna tingsrätt i domen rörande CARLSSON-HÖGTALARE hur känt kännetecknet var.[185] Blomin-avgörandet[186] är från den här diskuterade synpunkten särskilt intressant. I avgörande anförde MD bl a:

"Vid den tidpunkt då Bukettens nya Växt-Vital-förpackning kom ut på marknaden hade Barnängens Blomin-förpackning försålts under ett helt år. Utredningen ger vid handen att försäljningen av Blomin fram till angivna tidpunkt inte var obetydlig samt att en omfattande annonsering för produkten hade ägt rum. Med hänsyn härtill liksom till andra genom utredningen i ärendet framkomna omständigheter finner marknadsdomstolen att Blomin-förpackningen måste antas ha blivit *tämligen väl känd* på den svenska marknaden innan Buketten började marknadsföringen av nya Växt-Vital i dess förpackning." (kurs här)

Det kursiverade uttrycket "tämligen väl känd" kan jämföras med orden "allmänt känd" vilka enligt 2 §, 3 st VmL uttrycker den kännedomsnivå som fordras för att ett kännetecken skall anses inarbetat. Uttrycket bör också jämföras med orden "väl känd", vilka Stockholms Handelskammares varumärkesnämnd använder för att beteckna den kännedomsgrad som krävs för att ett kännetecken skall anses inarbetat. Sistnämnda jämförelse blir särskilt intressant på grund av att varumärkesnämnden avgivit ett utlåtan-

181. MD 1972: 8 (= NIR 1972 s 460, PKF 1972: 6—7 s 141).
182. MD 1972: 10 (= NIR 1972 s 463, PKF 1972: 9 s 90).
183. Se ovan s 191 f.
184. MD 1973: 15 (= NIR 1973 s 462, PKF 1973: 7—8 s 107).
185. NIR 1973 s 119.
186. MD 1974: 5 (= NIR 1974 s 330, PKF 1974: 5—6 s 83).

de i målet och där funnit att Blomin-förpackningen var "väl känd", d v s blivit inarbetad. Mot bakgrund av ovanstående är det svårt att komma till någon annan slutsats än att MD funnit att Blominflaskan inte var fullt inarbetad, men att kännedomsgraden låg alldeles under vad som krävs härför.[187] Det är därför något överraskande att MD i nästföljande avgörande, Kevi-målet,[188] uttalade att domstolen i Catalina- och Blomin-målen angivit att en förutsättning för att vilseledande om kommersiellt ursprung skall anses vara för handen är, att det utnyttjande varukännetecknet är att betrakta som inarbetat. Det är också något överraskande att se att domstolen menar att detta krav står i överensstämmelse med ett uttalande i förarbetena. Det avsedda förarbetsuttalandet måste vara det där departementschefen anför att marknadsdomstolen ofta torde vara nödsakad att pröva "i vilken mån kännetecknet blivit inarbetat" vid avgörande av hur allvarlig risken för förväxlingar är.[189] Detta uttalande innebär emellertid enligt min mening inte att inarbetning är en förutsättning för att ingrepp skall kunna ske, utan innehåller bara det egentligen självklara konstaterandet, att risken för förväxlingar är beroende av hur känt det äldre kännetecknet är. Angående Kevi-rullens inarbetning anförde MD bl a:

"Härför (för förväxlingsrisk, min anm) fordras i sin tur att Kevi-rullen kan anses vara inarbetad i den s k omsättningskretsen. I ärendet har emellertid inte styrkts av Kevi att kunderna — i detta fall näringsidkare — speciellt efterfrågat Kevis produkt. Oaktat Kevis rullar får anses ha en särpräglad formgivning, kan varan följaktligen inte anses så väl känd att den uppfyller det mått av inarbetning som krävs för att förväxlingsrisk skall föreligga mellan länkrullarna."

Orden det "mått av inarbetning" tyder närmast på att fullbordad inarbetning, d v s enligt gängse terminologi inarbetning av den styrka som anges i 2 §, 3 st VmL, inte är en förutsättning för att ingrepp skall kunna ske, men detta står ju i strid med vad domstolen tidigare uttalat i avgörandet. Det citerade uttalandet förvånar också av den anledningen att kännedom om, inte efterfrågan

187. Bernitz, Marknadsföringslagen och kännetecknensskyddet, NIR 1975 s 198.
188. MD 1976: 11 (= NIR 1976 s 407).
189. Prop 1970: 57 s 90.

på, det ifrågavarande märket är avgörande för om inarbetning föreligger.

I nästkommande avgörande, SPARKRONAN ⁄ EKKRONAN och SPAREKEN,[190] går MD inte in på huruvida de senare kännetecknen är inarbetade eller inte, utan anför endast att de använts sedan lång tid; EKKRONAN sedan 1956 och SPAREKEN sedan 1972. Däremot anförs att bilden av en ek kommit att bli en välkänd (= inarbetad?) symbol för sparbanksverksamhet. Av avgörandet framgår att domstolen tänker sig att konsumenternas associationer går på följande sätt, SPARKRONAN → SPAREKEN, EKKRONAN→ en ek → sparbanksverksamhet. Antalet konsumenter vars associationer går enligt detta schema kan emellertid omöjligt vara större än det antal konsumenter som känner till det minst kända av kännetecknen EKKRONAN/SPAREKEN och bilden av en ek. Enbart omfattningen av kännedomen om kännetecknet en ek är därför ointressant.

I Philip Morris-avgörandet[191] berörs inarbetningsfrågan överhuvudtaget inte. I båda de två sista av de hittills avgjorda fallen rörande vilseledande om kommersiellt ursprung, Fiskars- och Canicum-fallen[192] anförs emellertid ånyo att en förutsättning för ett ingrepp skall kunna ske är att det utnyttjade kännetecknet är att betrakta som inarbetat.

Som framgår av den gjorda genomgången uppställs, till skillnad från i övriga fall, inget krav på inarbetning i A G I-, Carlsson-högtalare- och SparKronan-fallen. Det är således samma avgöranden som avviker här som när det gäller kravet på särprägel. Anledningen till avvikelsen torde också vara densamma, nämligen att MD i dessa tre fall ansett att vilseledande både om varornas kommersiella ursprung och dess egenskaper förelegat.

När det gäller kännetecken som enbart ansetts vilseleda om de kännetecknade varornas kommersiella ursprung, d v s den situation som var aktuell i Catalina-, Blomin-, Kevi-, Philip Morris-, Fiskars- och Canicum-avgörandena, är det klart att numer som förutsättning för ingrepp uppställs att kännetecknet är åtminstone i det

190. MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410).
191. MD 1976: 19 (= NIR 1976 s 412).
192. MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243) resp MD 1977: 28.

närmaste inarbetat. Däremot är det osäkert om inarbetningen verkligen måste vara fullbordad. MD har nämligen konstant använt sig av uttrycket "varit att betrakta som inarbetat" vilket ju antyder att en något lägre kännedomsgrad än vad som krävs för fullbordad inarbetning kan vara tillräcklig.

Ju fler personer som känner till ett kännetecken, desto fler personer kan genom användningen av ett förväxlingsbart kännetecken vilseledas om det kommersiella ursprunget hos de varor sistnämnda kännetecken symboliserar. Genom kravet på att det äldre märket skall vara åtminstone näst intill inarbetat har MD fastlagt att en viss andel av konsumenterna skall riskera att vilseledas för att ingrepp skall kunna ske. Ett vilseledande som avser både varornas kommersiella ursprung och dess egenskaper uppfattas uppenbarligen som allvarligare än ett vilseledande som enbart omfattar deras kommersiella ursprung. Även om det tidigare hävdats att också vilseledanden som endast omfattar det kommersiella ursprunget medför beaktansvärda nackdelar från konsumentsynpunkt, är det givetvis uppenbart att vilseledanden som dessutom omfattar varornas egenskaper har än större negativa verkningar. Det är därför motiverat att den andel av konsumenterna som skall kunna vilseledas sätts lägre i de sistnämnda fallen.

Det varumärkesrättsliga inarbetningskriteriet förefaller emellertid mindre väl lämpat att ligga till grund för avgränsningen av de situationer där ingrepp mot rena vilseledanden om kommersiellt ursprung skall kunna ske. Vid en bedömning enligt otillbörlighetsnormen i 2 § MFL synes större vikt böra fästas vid *antalet* vilseledda konsumenter än vid *andelen* vilseledda konsumenter, vilken ju främst blir avgörande om inarbetningskriteriet används. Detta gäller även om inarbetningskriteriet inte fixeras till ett bestämt procenttal för alla kännetecken. Därtill kommer att den tolkning inarbetningskriteriet fått, enligt min mening, är för sträng även för varumärkesrättens del. En anknytning till inarbetningskriteriet försvårar också möjligheten att kunna utnyttja MFL i de fall då de mindre flexibla reglerna i VmL skulle leda till ett resultat som bedöms som otillfredsställande. Denna möjlighet tillmäts i andra länder stor vikt,[193] men står dock inte helt i samklang med tanken

193. Se ovan s 130 ff och Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 79.

att MFL inte skall utvidga det kännetecknsrättsliga skyddet. Framför allt när det gäller kännetecken för varor som vänder sig till hela allmänheten förefaller det dock vid en helhetsbedömning, trots sistnämnda förhållande, väl motiverat att ingrepp skall kunna ske även i vissa fall då det äldre kännetecknet inte är inarbetat, eftersom ändå ett mycket beaktansvärt antal förväxlingar kan uppkomma.[194]

194. Samma Bernitz, a a s 198.

4 Är förväxlingsreglerna utformade så att faktiskt förväxlingsbara varukännetecken inte kan skyddas eller användas?

4.1 Inledning

I avsnittet om Varumärkets faktiska funktioner och effekter har konstaterats[1] att det är ett grundläggande konsumentintresse att användningen av förväxlingsbara varumärken förhindras. Att så sker är en förutsättning för att varumärket skall kunna fylla uppgiften att vara ett säkert hjälpmedel för identifikation och särskiljning av olika varor och tjänster. Som ovan också påpekats[2] ligger det både i konsumenternas och varumärkesinnehavarnas intresse att varumärket kan fungera som ett sådant hjälpmedel.

Den svenska varumärkeslagen innehåller, liksom alla andra varumärkeslagar jag känner till, regler som innebär att användningen av förväxlingsbara varumärken är olaglig. Därtill kommer att ingrepp mot sådan användning av förväxlingsbara varukännetecken som orsakar vilseledanden om kommersiellt ursprung under ovan angivna förutsättningar även kan ske enligt 2 § MFL. Därmed kan det ju tyckas att man direkt kan konstatera att varumärkeslagstiftningen uppfyller det ställda kravet. Så enkelt är det dock inte. Det är nämligen trots detta inte säkert att varumärkeslagens och marknadsföringslagens regler verkligen har den utformningen och ges en sådan tolkning att alla eller åtminstone de allra flesta av de märken som kan orsaka faktiska förväxlingar också anses förväxlingsbara. Förväxlingsreglerna och rättspraxis skall därför här nedan underkastas en relativt noggrann analys.

Eftersom bara användningen av ett visst märke kan orsaka fak-

1. Se ovan s 55.
2. Se ovan s 41 ff, 56 ff.

tiska förväxlingar är från en rent teoretisk utgångspunkt registreringsreglerna egentligen ointressanta. Det är ju inte säkert att ett märke som söks registrerat också kommer att användas. I praktiken talar emellertid flera omständigheter för att även förväxlingsbedömningen i registreringsförfarandet har betydelse. Den viktigaste omständigheten är att det torde vara mindre vanligt att en näringsidkare börjar använda ett märke vars registrering avslagits på grund av att märket ansetts förväxlingsbart med ett tidigare registrerat märke.[3] Registrering av ett varumärke framstår vidare lätt, trots att så egentligen inte är fallet, som ett officiellt tillstånd att få använda märket ifråga. Det är därför olämpligt att bevilja registrering av förväxlingsbara märken.[4] I länder där, liksom i Sverige, förväxlingsbedömningen vid registrering och intrång följer samma regler ger naturligtvis registreringspraxis även värdefull ledning vid förväxlingsreglernas tolkning.[5] Så är i särskilt hög grad fallet i Sverige där praxis i intrångsmål är begränsad. En jämförelse mellan administrativ och judiciell praxis kan också avslöja eventuella olikheter i förväxlingsbedömningen.

I nedanstående analys kommer förväxlingsbedömningen i registreringsförfarandet respektive intrångsmålen att behandlas var för sig. Visserligen är samma regler tillämpliga i bägge fallen. Risken för uppkomst av faktiska förväxlingar påverkas emellertid av flera faktorer som det i allmänhet är omöjligt för registreringsmyndigheten att ha eller få någon kännedom om, eftersom myndigheten

---

3. Ett liknande resonemang har förts i ett amerikanskt avgörande, Alfred Dunhill of London Inc. v. Dunhill Tailored Clothes, 130 USPQ 412 (1961), där Judge Martin uttalade:
"Although we cannot prohibit the use of a mark, we can prohibit registration and all the rights and privileges that go with it. Whatever protection this affords the public, it is our duty to give under these circumstances."
I amerikansk litteratur kan dock även tendenser till motsatt inställning spåras. I samband med en analys av den bl a i amerikansk rätt förekommande principen att förväxlingsbedömningen skall vara särskilt sträng för varumärken som representerar vissa särskilda typer av varor har anförts, att detta ej kan gälla i registreringsförfarandet eftersom en vägrad registrering inte innebär något hinder mot att använda märket, se Johnson-McGrath-Stanard-Thompson, Trademarks and the Concept of Greater Care, 64 TMR s 39 f (1974).
4. Jfr SOU 1958: 10 s 279 och prop 1960: 167 s 112 f om motsvarande situation såvitt gäller vilseledande varumärken.
5. SOU 1958: 10 s 287. Som nedan kommer att utvecklas kan man emellertid i vissa fall ifrågasätta lämpligheten av denna parallellitet.

inte vet hur det sökta märket används eller kommer att användas. Däremot finns ofta inga praktiska hinder mot att beakta dessa omständigheter i intrångsfallen. Genom att i analysen behandla förväxlingsbedömningen i registreringsförfarandet och intrångsmålen var för sig kan lättare upptäckas, huruvida några skillnader råder med avseende på vilka omständigheter som överhuvudtaget anses ha någon relevans och vilken inbördes vikt som fästs vid de relevanta omständigheterna. Dispositionen har också valts på grund av att jag vill ifrågasätta om det de lege ferenda inte finns anledning att något modifiera regeln att förväxlingsbedömningen i de bägge situationerna skall följa samma regler. Avslutningsvis behandlas marknadsdomstolens förväxlingsbedömning i avgöranden rörande vilseledande om kommersiellt ursprung.

4.2 Förväxlingsreglerna. Innebörd och syfte

Två märken anses förväxlingsbara om märkeslikheten är så stor att märkena i sig kan förväxlas och de dessutom avser varor av samma eller liknande slag. Det är således en kombination av märkeslikhet och varuslagslikhet som grundar förväxling. Härvid gäller, både enligt judiciell och administrativ praxis, att ju större märkeslikheten är desto mindre behöver varuslagslikheten vara och vice versa, den så kallade produktregeln.[1]

Denna regel gällde även enligt äldre varumärkeslagen.[2] Som Koktvedgaard påpekat[3] är det emellertid svårt att finna de motiv som regeln grundas på. Lagens ordalydelse talar ju närmast för att märkes- och varuslagslikheten skall bedömas var för sig. Grunden för produktregeln torde emellertid vara att förväxlingsbedömningen skall baseras på en jämförelse mellan de i det aktuella fallet aktuella märkena och att man antar att regeln återspeglar konsumenternas faktiska förväxlingsbenägenhet. Vilken faktisk betydel-

1. SOU 1958: 10 s 251 f, 256 f, Carlman, a a s 209, Heiding, Sv vm-rätt s 40. Från judiciell praxis NJA 1977 s 415 (= NIR 1978 s 230), QVINNS CORNER = QVINNY, NJA 1979 s 121 (= NIR 1979 s 382), BiC = BI. Från administrativ praxis föreligger ett mycket stort antal avgöranden. Se från 1977 och 1978 års praxis RÅ 1977 Ab 438, VASQUE = VAC, RÅ 1978 Ab 85, MINIVIB = MINIBEL.
2. Eberstein, Om skydd för individualiteten s 70 f, Heiding, avh s 88 f.

se varuslagslikheten i verkligheten har för uppkomsten av faktiska förväxlingar kommer att närmare diskuteras nedan.[4]

Även i tysk rätt krävs både märkeslikhet och att märkena avser samma eller liknande varor ("gleiche oder gleichartige Waren") för att förväxling skall anses föreligga, § 4, st 2, p 5 och § 5, st 4 (samt för intrångsfallen § 31). Samma gäller också för skyddet såsom "Ausstattung".[5] I likhet med vad som gäller i svensk rätt påverkas märkeslikhetsbedömningen av varuslagslikheten men däremot anses inte graden av varuslagslikhet ha någon betydelse för märkeslikhetsbedömningen.[6] Sistnämnda regel, som anses motiverad av rättssäkerhetssynpunkter,[7] medför att varuslagslikhetsbedömningen är betydligt stelare än i Sverige.

I amerikansk rätt finns däremot inget formellt krav på varuslagslikhet. I sec 2(d) Lanham Act stadgas att ett varumärke som så liknar ett annat använt märke att det är sannolikt att det kommer att orsaka förvirring eller misstag eller kommer att vilseleda inte får registreras. Det ensamt avgörande är således om parallell användning av de båda märkena kommer att medföra någon av de angivna effekterna. Dessa effekter anses emellertid normalt bara uppkomma om varorna är av samma eller liknande slag.[8]

Det är ju självklart att märkeslikhet är en förutsättning för uppkomsten av faktiska förväxlingar. Såvitt angår detta rekvisit föreligger således uppenbarligen parallellitet mellan förutsättningarna för faktiska förväxlingar och förväxlingar i VmL:s mening. Däremot kan det ifrågasättas om varuslagslikhet har så stor betydelse för uppkomsten av faktiska förväxlingar som varumärkeslagens utformning tyder på. Varuslagslikhetsbedömningen skall därför nedan göras till föremål för en tämligen ingående analys.

Redan här kan emellertid konstateras att även om faktiska förväxlingar förekommer så saknas det normalt möjlighet att kunna ingripa om varuslagslikhet inte föreligger. Förväxling är således

3. A a s 209 ff.
4. Se nedan s 246 ff.
5. Baumbach-Hefermehl II, § 5 anm 74, Hubmann, a a s 227.
6. Baumbach-Hefermehl II, § 5 anm 77, Busse, § 5 anm 31, Hubmann, a a s 206, samtliga med hänvisningar till praxis.
7. Baumbach-Hefermehl II, a anm.
8. Callman, vol 3 s 541 ff, 801 ff, McCarthy, vol 2 s 123 ff.

i varumärkeslagens mening ett tekniskt begrepp. Än tydligare framstår detta när det är fråga om intrång i rätten till ett skyddat men inte använt varumärke, då ju några faktiska förväxlingar inte ens teoretiskt kan uppkomma. Förväxling blir således ett tekniskt begrepp så snart skydd kan uppkomma även för icke använda märken. Även två använda märken kan emellertid vara förväxlingsbara trots att några faktiska förväxlingar inte har förekommit.[9] Förväxling kan även framstå som ett tekniskt begrepp av den anledningen att domstolarna och registreringsmyndigheten tolkar kravet på märkeslikhet på ett sätt som inte överensstämmer med hur omsättningskretsen uppfattar varumärkena.

De rekvisit som skall vara uppfyllda för att förväxling skall anses föreligga är som nämnts olika i svensk, övrig nordisk och tysk rätt å ena sidan, samt amerikansk rätt å den andra. Avsikten med förväxlingsreglerna är emellertid såtillvida densamma som att reglerna i alla de berörda staterna syftar till att förhindra registrering och användning av märken som kan medföra faktiska förväxlingar rörande de kännetecknande varornas kommersiella ursprung.[10] Huruvida reglerna också i praktiken kan fylla detta syfte är emellertid en annan fråga.[11] Däremot är det klart att lagstiftarna i de olika länderna anser att det tekniska förväxlingsbegreppet täcker så gott som alla situationer där förväxling faktiskt förekommer.[12]

9. Så även internationellt, se Beier, Gedanken zur Verwechslungsgefahr und ihrer feststellung im Prozess, GRUR 1974 s 514 ff, särskilt s 520.
10. Svensk rätt särskilt SOU 1958: 10 s 252, PRV:s redogörelse Om varuslagslikhet s 1 vilkens principer fortfarande skall gälla, SOU 1958: 10 s 256. Från praxis ex besvärsavdelningens yttranden i RÅ 1968 H 35 (= NIR 1970 s 213, RegR ej ändring), RÅ 1971 H 31 (RegR ej ändring), RÅ 1974 A 323 (RegR ej ändring), besvärsavdelningens beslut i RÅ 1966 s 21 (= NIR 1968 s 134, RegR ej ändring i här aktuellt hänseende), RÅ 1968 H 33 (= NIR 1970 s 217, RegR ej ändring), RÅ 1972 H 42 (RegR ej ändring) och RegR i RÅ 1973 A 177 (= NIR 1974 s 223). Carlman, a a s 237 f, anser att regeringsrättens uttalande i det sist anförda fallet om att förväxling lätt kan uppstå är svårförståligt, eftersom man redan konstaterat att varumärkena i sig företedde betydande likheter och att till vissa delar fullständig varuslagslikhet förelåg. Förväxlingsfrågan var ju därmed avgjord. En möjlig förklaring till uttalandet är emellertid att regeringsrätten önskade påpeka att inte bara förväxling i teknisk mening förelåg, utan också risk för faktiska förväxlingar. Tysk rätt t ex Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 13, Beier, a a s 516 f. Amerikansk rätt ex Callman, vol 3 s 803 ff.
11. Se nedan s 212 ff.
12. Se ex SOU 1958: 10 s 254 f, Baumbach-Hefermehl II, § 5 anm 75.

Särskilt i tysk litteratur brukar man skilja mellan förväxlingsrisk i trängre mening ("Verwechslungsgefahr im engeren Sinne") och förväxlingsrisk i vidare mening ("Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne").[13] Det förstnämnda begreppet betecknar de fall där risk föreligger att konsumenterna kan tro att de olika varorna härrör från samma företag. Sådan förväxlingsrisk råder dels när märkena är så lika att de inte kan hållas isär ("unmittelbare Verwechslungsgefahr"), dels när ett märke antas vara en variant av ett annat ("mittelbare Verwechslungsgefahr"). Förväxlingsrisk i vidare bemärkelse föreligger när konsumenterna visserligen förstår att det är fråga om två olika företag men de förleds att tro att det föreligger något särskilt ekonomiskt och/eller vetenskapligt samband mellan dem.

Även i svensk rätt är förväxlingsrisk i vidare mening tillräcklig för att förväxling skall anses föreligga.[14]

Det finns emellertid många andra omständigheter än märkes- och varuslagslikhet som har betydelse för om faktiska förväxlingar och vilseledanden om varors kommersiella ursprung skall uppkomma. Frågan om förväxling föreligger är till stor del ett psykologiskt problem.[15] Belysande är ett amerikanskt registreringsavgörande[16] i vilket fastslogs att följande förhållanden har betydelse vid förväxlingsbedömningen:

1) The similarity or dissimilarity of the marks in their entireties as to appearance, sound, connotation and commercial impression.
2) The similarity or dissimilarity and nature of the goods or services as described in an application or registration or in connection with which a prior mark is in use.
3) The similarity or dissimilarity of established, likely-to-continue trade channels.
4) The conditions under which and buyers to whom sales are made, i.e. "impulse" vs. careful, sophisticated purchasing.

13. Se ex Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 22 ff.
14. SOU 1958: 10 s 137, 244, 252. Från praxis RÅ 1968 H 33 (= NIR 1970 s 217), RÅ 1974 A 323 samt besvärsavdelningen i RÅ 1974 A 1318.
15. Se ang utvecklingen av psykologiska studier inom varumärkesrätten Bowen, Applied Psychology and Trademarks, 51 TMR s 1 ff (1961). Se också Judge Frankfurter i Mishawaka Rubber and Woolen Mfg Co v. S. S. Kresge Co, 316 US 203, 32 TMR 254 (1942).
16. In re E I du Pont de Nemours Co, 177 USPQ 563, även i GRUR Int 1974 s 292. Se även Callman, a a vol 3 s 556 f.

5) The fame of the prior mark (sales, advertising, length of use).
6) The number and nature of similar marks in use on similar goods.
7) The nature and extent of any actual confusion.
8) The length of time during and conditions under which there has been concurrent use without evidence of actual confusion.
9) The variety of goods on which a mark is or is not used (house mark, "family" mark, product mark).
10) The market interface between applicant and the owner of a prior mark:
    (a) a mere "consent" to register or use,
    (b) agreement provisions designed to preclude confusion, i.e. limitations on continued use of the marks by each party,
    (c) assignment of mark, application, registration and good will of the related business,
    (d) laches and estoppel attributable to owner of prior mark and indicative of lack of confusion.
11) The extent to which applicant has a right to exclude others from use of its mark on its goods.
12) The extent of potential confusion, i.e., whether de minimis or substantial.
13) Any other established fact probative of the effect of use.[17]

Flera av de anförda omständigheterna tar tydligen sikte på situationer där bägge de inblandade märkena används, vilket är naturligt eftersom användning i amerikansk rätt i princip är en förut-

17. I avgörandet påpekas att ordningen ej avspeglar de olika omständigheternas vikt.
    Redan i det 1938 utgivna Restatement of Torts § 731 anges att följande omständigheter har betydelse vid avgörandet av om förväxling föreligger:
    a) the likelihood that the actor's goods, services or business will be mistaken for those of the other;
    b) the likelihood that the other may expand his business so as to compete with the actor;
    c) the extent to which the goods or services of the actor and those of the other have common purchasers or users;
    d) the extent to which the goods or services of the actor and those of the other are marketed through the same channels;
    e) the relation between the functions of the goods or services of the actor and those of the other;
    f) the degree of distinctiveness of the trademark or trade name;
    g) the degree of attention usually given to trade symbols in the purchase of goods or services of the actor and those of the other;
    h) the length of time during which the actor has used the designation;
    i) the intent of the actor in adopting and using the designation.
    Det bör observeras att vid den tidpunkt då detta skrevs var varuslagslikhet även i amerikansk rätt en förutsättning för att förväxling skulle föreligga.

sättning för skydd. I Sverige kan emellertid som bekant även oanvända märken registreras. Vid den administrativa förväxlingsprövningen är det därför inte ovanligt att inte något av de inblandade märkena används. I registreringsförfarandet är det således ofta omöjligt att ta hänsyn till sådana omständigheter som förutsätter märkesanvändning, t ex omfattning och natur av faktiska förväxlingar eller den tid och de omständigheter under vilka de bägge märkena använts parallellt utan att faktiska förväxlingar uppkommit. PRV kan endast beakta sådana omständigheter som direkt sammanhänger med själva varumärkena och de varor dessa är respektive söks registrerade för.

Ofta kan därför inte heller hänsyn tas till några andra distributionsvägar än de för varan normala. Även dessa kan emellertid vara svåra att fastställa. De varor för vilka ett märke är registrerat behöver nämligen inte ha angetts noggrannare än t ex "samtliga varor i klass 9" i vilken ingår så skilda produkter som eldsläckare och stereoanläggningar. Distributionsvägarna för dessa varor är uppenbarligen mycket olika. Eftersom varuslagsuppgiften kan vara mycket vid, kan det också vara svårt för registreringsmyndigheten att avgöra huruvida varan brukar köpas först efter noggrannare överväganden eller ej.

Nämnda omständigheter tillsammans med arbetsekonomiska skäl gör det ofrånkomligt att förväxlingsbedömningen i registreringsförfarandet i många fall blir relativt stel och onyanserad. Detta har dock å andra sidan den fördelen att registreringsmyndighetens beslut är lättare att förutse. Som framgått av det sagda finns det emellertid i intrångsfallen skäl att använda en mer flexibel bedömning.[18]

4.3 Förväxling som hinder för uppkomsten av varumärkesskydd

4.3.1 Analysens omfattning

Bestämmelser om förbud mot registrering av på olika sätt förväxlingsbara varumärken finns i 14 § VmL. I dess 6 p stadgas att varu-

18. Se nedan s 282 ff.

märken som är förväxlingsbara med tidigare registrerade eller inarbetade märken inte kan registreras. Enligt samma punkt kan inte heller märken som är förväxlingsbara med annan näringsidkares namn eller firma registreras. Registreringsansökan skall också avslås om märket är förväxlingsbart med ett tidigare använt märke, oavsett om detta är skyddat eller ej, om ansökan gjorts med kännedom härom och sökanden inte använt sitt märke innan det andra märket togs i bruk, 7 p. Dessutom råder registreringshinder för varumärken som innehåller något som är ägnat att uppfattas som annans firma eller släktnamn m m, 4 p, eller som egenartad titel på annans skyddade verk eller som kränker annans upphovsrätt, fotografirätt eller mönsterrätt, 5 p.

I det följande kommer endast reglerna om förväxlingar mellan varumärken att analyseras, eftersom sådana förväxlingar är vanligast och bl a därigenom även intressantast från konsumentsynpunkt.[1]

Märkeslikhetsbedömningen och varuslagslikhetsbedömningen och de omständigheter dessa är avhängiga av kommer att behandlas var för sig. Det är emellertid viktigt att ändå hålla i minnet att märkeslikheten respektive varuslagslikheten inte skall avgöras isolerade utan är beroende av varandra.

4.3.2 Märkesbedömningen

Det primära syftet med detta avsnitt är att undersöka huruvida det kan finnas någon diskrepans mellan den rättsliga bedömningen av märkeslikheten och konsumenternas uppfattning. Dessvärre är det emellertid mycket svårt att avgöra när två märken är så lika varandra att de faktiskt kan förväxlas av konsumenterna. För att säkert kunna fastställa detta fordras en experimentell undersökning av konsumenternas uppfattningar. Några sådana undersökningar har det dock inte varit möjligt att göra i anslutning till detta arbete.

1. Avgränsningen är också gjord för att hålla detta arbete inom rimliga ramar. Här kan naturligtvis invändas att också förväxlingar mellan varumärken och firma är intressanta och därför borde undersökas. Gentemot denna invändning kan anföras att många firmadominanter används även som varumärken och att de undersökta reglerna då blir tillämpliga. Där så inte är fallet måste det dock medges att invändningen har viss tyngd.

I stället har de erfarenheter som vuxit fram i praxis och bland dem som praktiskt arbetar med varumärken utnyttjats.

Även om det i ett enskilt fall är uppenbart att två märken är förväxlingsbara, kan det vara svårt att närmare ange orsakerna härtill, särskilt som dessa kan vara okända även för dem som begår förväxlingarna.[2] Man får därför många gånger nöja sig med att enbart konstatera att märkena är förväxlingsbara. Detta medför att tidigare avgöranden i förväxlingsfall oftast har ett begränsat prejudikatvärde och att ändringar i praxis bara kan konstateras då flera avgöranden går i en ny riktning.[3]

4.3.2.1 Vem förväxlar?

Vid avgörandet av huruvida två märken är förväxlingsbara måste först fastställas vilken personkategoris uppfattning som skall vara avgörande. I amerikansk rätt gäller som huvudregel att förväxling föreligger om märkeslikheten är så stor att genomsnittsköparen missleds om han iakttar vad som kallas normal vårdslöshet.[4] Eftersom genomsnittsköparna är olika vid skilda typer av varor innebär detta att förväxlingsbedömningen varierar beroende på vilken typ av vara det är fråga om.

Även i svensk rätt tas vid märkeslikhetsbedömningen hänsyn till omsättningskretsens sammansättning. Detta framgår av att mer lika märken än annars tillåts när det är fråga om varor av sådan typ som framför allt vänder sig till fackfolk, av vilka man kan förvänta sig större kännedom om olika märken, eller till andra grupper med stor förmåga att hålla isär liknande varumärken.[5]

Regeringsrätten har med uttrycklig hänvisning till avnämarkretsens begränsning ansett att varumärket HYDROLUX för konserveringsmaskiner inom livsmedelsindustrin ej var förväxlingsbart med LUX för bl a maskiner och maskindelar.[6] Detta kan jämfö-

2. Uggla, Några synpunkter på förväxlingsskyddet för varumärken, NIR 1975 s 384 f.
3. Holmqvist, rec. av Carlman, Varumärket, NIR 1977 s 288, Stuevold Lassen, Fem hundre avgjørelser i varemerkesaker og enkelte refleksjoner omkring dem, TfR 1977 s 337 f, Callman, vol 3 s 567.
4. Callman, vol 3 s 558, 577 ff med omfattande hänvisningar till praxis, Westerhoff, Die relativen Schutzvoraussetzungen der Marke s 88.
5. SOU 1958: 10 s 257.
6. RÅ 1968 H 24.

ras med att regeringsrätten funnit AGA-LUX för batterier förväxlingsbart med LUX för bl a elektriska element och batterier.[7] Besvärsavdelningen har också ansett varumärkena CRESTALUX för bl a plywood och SKANDILUX för kyl- och frysskåp samt kyldiskar förväxlingsbara med LUX för byggnadsmaterial respektive kylapparater och kylskåp.[8] I sistnämnda beslut anfördes särskilt att de aktuella varorna även inköptes av en bred allmänhet.

Med uttryckliga hänvisningar till omsättningskretsens noggrannhet vid val av de aktuella varorna ansåg regeringsrätten inte heller att PEGULAN var förväxlingsbart med TEGULON, båda för golvbeläggningar,[9] eller NEMO med ELMO, båda för pumpar.[10]

Däremot har regeringsrätten ansett TRIFLEX för engångshandskar för gynekologiska och medicinska ändamål vara förväxlingsbart med TRELLFLEX för vissa andra slag av gummihandskar trots att sökanden särskilt anfört att avnämarkretsen var mycket kvalificerad.[11] Märkena har dock stora likheter. Regeringsrätten kan möjligen också ha ansett att gummihandskar för medicinskt bruk ligger nära läkemedelsområdet inom vilket förväxlingsbedömningen skall vara sträng.[12]

Av de anförda avgörandena framgår motsatsvis, förutom av TRIFLEX-fallet av vilket knappast något alls följer i ifrågavarande hänseende, att man vid förväxlingsbedömningen av märken som riktar sig till "vanliga konsumenter" också använder dessas tänkta uppfattning som bedömningsnorm.[13]

Någon kritik kan inte riktas mot att mer lika varumärken tillåts i de fall där omsättningskretsen ändå kan förväntas vara i stånd att skilja mellan märkena, något som särskilt regeringsrätten synes benägen att göra.[14] Särskilt berättigat är detta när det är fråga om sådana varuslag för vilka det är svårt att hitta lämpliga varumär-

7. RÅ 1976 Ab 232.
8. Besvärsavdelningen 104/69 resp 126/70.
9. RÅ 1968 H 23.
10. RÅ 1971 H 125 (= NIR 1973 s 104).
11. RÅ 1972 H 42.
12. SOU 1958: 10 s 197.
13. Heiding, Sv vm-rätt s 40 f. Motsvarande i tysk rätt, se Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 28.
14. Besvärsavdelningen ansåg till skillnad från regeringsrätten att förväxling förelåg i HYDROLUX-, PEGULAN- och NEMO-fallen.

ken. Man måste dock komma ihåg att många varor som vid första anblicken enbart tycks vända sig till yrkesmän även köps av vanliga konsumenter. Detta gäller t ex golvbeläggningsmaterial. Regeringsrättens avgörande i PEGULAN-fallet synes därför något tveksamt.[15]

Ett annat förhållande som också måste uppmärksammas är att det inte är säkert att omsättningskretsen är särskilt kvalificerad så snart de slutliga förbrukarna är det. I många fall är ju varans mellanhänder, kanske särskilt de som distribuerar varan rent fysiskt, betydligt mindre kvalificerade än de förstnämnda.[16]

En närliggande fråga är om det i praxis uppställs någon regel med innebörd att ett visst antal personer eller en viss andel av omsättningskretsen måste antas komma att förväxla märkena för att dessa skall anses förväxlingsbara i varumärkeslagens mening. I norsk administrativ praxis har sålunda uttalats att två märken är förväxlingsbara när en inte oväsentlig del av köparkretsen kan förväntas förväxla dem.[17] De svenska domstolarna anlägger emellertid helt ett annat synsätt. Vid förväxlingsbedömningen betraktas i allmänhet den grupp av personer vars uppfattning är avgörande som en enhet, på så sätt att alla de i gruppen ingående personerna antas reagera på samma sätt.[18] Med detta synsätt blir det uppenbarligen inte nödvändigt att ta ställning till hur många människor som skall riskera att vilseledas.

4.3.2.2 Den avgörande situationen

Självfallet påverkas förväxlingsbedömningen starkt av hur den situation som ligger till grund för bedömningen är beskaffad. Särskilt viktigt är om märkena skall kunna förväxlas vid en direkt jämförelse eller om det är tillräckligt att det ena märket kan förväxlas med minnesbilden av det andra. Minnesbilden kan nämligen

15. Carlman, a a s 272 f.
16. Se besvärsavdelningens utlåtande i TRIFLEX-målet, RÅ 1972 H 42.
17. NIR 1977 s 420, PANA = PANDA.
18. Se t ex besvärsavdelningens utlåtande i RÅ 1968 H 35 (= NIR 1970 s 213), ANTARES = ANTARA, besvärsavdelningen i RÅ 1969 H 6, DATE = DET och besvärsavdelningen i RÅ 1971 H 92, SCANPUMP = SCAN.

ofta avvika från märkets faktiska utseende.[19] Hur stor denna avvikelse är varierar både med avseende på person och märke.

Sedan länge är utgångspunkten att konsumenterna normalt inte har möjlighet att jämföra de ifrågavarande märkena samtidigt. Detta gör att det är den minnesbild ett varumärke ger som konsumenterna skall kunna förväxla med det märke han ser.[20] Från senare registreringspraxis kan som exempel nämnas att märkena IMAGINATION och INSINUACION ansetts vara förväxlingsbara, trots att de var lätta att skilja vid en direkt jämförelse.[21]

4.3.2.3 Helhetsbedömning

Som allmän regel för märkeslikhetsbedömningen gäller i de flesta länder att det är märkenas helhetsintryck som skall jämföras.[22] I svensk rätt anses detta innebära att någon uppdelning av märkena i mer eller mindre skyddsvärda delar eller analyser av till exempel öppna eller slutna vokalers betydelse för märkesuppfattningen och så vidare inte skall göras.[23]

Belysande är ett avgörande[24] i vilket PRV fann att märket VYZO utgjorde hinder för registrering av ordet WUZZI, båda för kosmetiska preparat. I besvär hävdade registreringssökanden att det måste krävas "att överensstämmelse i påtaglig grad råder mellan märkesorden så att åtminstone procentuellt en viss andel av ljud- eller skriftmassan har identitet" för att förväxling skall kunna föreligga. Besvärsavdelningen yttrade i sitt utlåtande till regeringsrätten att någon sådan gräns enligt VmL:s förarbeten varken skall eller kan uppställas.[25] Regeringsrätten

19. Se det experiment med figurmärken som redovisas hos Werkman, a a s 181 ff.
20. SOU 1958: 10 s 252, Heiding, avh s 86, dens, Sv vm-rätt s 41 f. Motsvarande bedömning skedde också enligt 9 § IKL, se Levin, Illojal konkurrens s 108 f.
    Även i tysk och amerikansk rätt gäller detsamma, se ex vis Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 29 resp Callman, vol 3 s 572 ff med vidare hänv.
21. RÅ 1971 H 31. Se vidare RÅ 1978 Ab 376, besvärsavdelningen i RÅ 1974 A 325 (= NIR 1974 s 324) där dock regeringsrätten på grund av lämnat medgivande återförvisade målet till PRV, samt besvärsavdelningen 148/68.
22. SOU 1958: 10 s 254, prop 1960: 167 s 76, Heiding, Sv vm-rätt s 41. För tysk och amerikansk rätt se ex Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 27 resp Callman, vol 3 s 570 ff.
23. Carlman, a a s 239 not 1, Heiding, a a s 42, Stuevold Lassen a a s 338, Uggla, a a s 382 ff, Werkman, a a s 162 f.
24. RÅ 1963 H 36.

gjorde ej ändring i besvärsavdelningens beslut enligt vilket varumärkena WUZZI och WYZO ansågs förväxlingsbara.

Regeringsrättens ställningstagande är välmotiverat, eftersom ett krav på att märkenas likhet skall ha en viss procentuell omfattning kan medföra att den judiciella förväxlingsbedömningen fjärmas från omsättningskretsens uppfattning. Ett krav på viss procentuell likhet torde också vara i det närmaste omöjligt att tillämpa på förväxlingar mellan andra typer av märken än ordmärken.

Regeln att förväxlingsbarheten skall avgöras efter en helhetsbedömning kan naturligtvis också medverka till att förväxling ej anses föreligga.[26] Det finns således inte heller någon regel med innebörd att förväxling automatiskt föreligger redan på den grunden att en viss procentuell del av märkena överensstämmer.

Att märkeslikheten skall avgöras efter det helhetsintryck märkena ger får särskild betydelse, när det är fråga om märken som till en del består av deskriptiva element. Regeln innebär att man vid förväxlingsbedömningen ej får bortse från sådana deskriptiva delar. Som exempel kan särskilt följande två avgöranden anföras:

Patentverket och besvärsavdelningen ansåg att ordet ARCOPAL för bords- och hushållsglas var förväxlingsbart med märket ICOPAL för bl a glasvaror.[27] Sökanden invände i besvär till regeringsrätten bland annat att beståndsdelarna "copal" och "opal" borde tillmätas ringa betydelse vid likhetsbedömningen eftersom de var deskriptiva. Besvärsavdelningen anförde i sitt utlåtande till regeringsrätten att när

> "en konsument med ledning av ett varumärke skall identifiera en vara, gjorde han givetvis inte någon analys av märket i olika kännetecknensrättsligt starkare eller svagare beståndsdelar, utan han uppfattade och erinrade sig märket såsom en helhet".

Regeringsrätten gjorde ej ändring i besvärsavdelningens beslut.

I det andra avgörandet ansökte en näringsidkare om registrering av ordet BELLADY för vissa varuslag i klass 3.[28] PRV ansåg att ordet var förväxlingsbart med kännetecknet MYLADY som tidigare registrerats för vissa varuslag i klass 3. Sökanden anförde hos besvärsavdelningen att då det gällde kosmetika och liknande varuslag, två märken

25. SOU 1958: 10 s 253, prop 1960: 167 s 76 f.
26. Se ex det norska høyesterettsfallet NIR 1972 s 202 (TEEM i figur för en limedrink ≠ TEENI för fruktchampagne).
27. RÅ 1968 H 37 (= NIR 1970 s 217).
28. RÅ 1973 A 177 (= NIR 1974 s 223).

innehållande ordet LADY endast kan bedömas som förväxlingsbara om övriga märkesbeståndsdelar uppvisar likheter eller märkena ifråga om uppbyggnad eljest företer sådana likheter att deras helhetsintryck blir alltför påtagligt lika. Vidare påstods att det varken förelåg någon bokstavsmässig, begreppsmässig, auditiv eller visuell överensstämmelse mellan förstavelsen BEL i det sökta och förstavelsen MY i det mothållna märket. Besvärsavdelningen gjorde ej någon ändring i PRV:s beslut och i utlåtande till regeringsrätten anförde man:

> "Ordet LADY kan, såsom bolaget framhållit, vara oregistrerbart för vissa varuslag. Ordet LADY ingår emellertid som led i ett icke ringa antal märken, som ansetts registrerbara, vilket visar att detta ord icke i och för sig tillerkänts något onormalt stort skyddsomfång. Vid likhetsbedömningen av de ifrågavarande märkena har sålunda den i varumärkeslagens förarbeten uttalade huvudprincipen tillämpats enligt vilken prövningen bör ske med utgångspunkt från kännetecknen i deras helhet och att en uppdelning av dem i olika var för sig mer eller mindre skyddsvärdiga delar härvid såvitt möjligt bör undvikas (jämför SOU 1958: 10 s 254). Samma bedömningsgrund har tillämpats i detta fall."

Regeringsrätten yttrade bland annat:

> "Som framhållits av besvärsavdelningen i avgivet yttrande bör orden BELLADY och MYLADY jämföras med varandra i sin helhet. Dessa ord företer, som varumärkesbyrån funnit, betydande likheter, främst i auditivt hänseende. Vid sådant förhållande och då till vissa delar fullständig varuslagslikhet föreligger samt de ifrågakomna varuslagen i och för sig är sådana att förväxling lätt kan uppstå mellan olika näringsidkares varor, om deras varumärken ej uppvisar mera påtagliga skillnader, finner Kungl. Maj:t det mothållna varumärket 13 367 MYLADY utgöra registreringshinder i förevarande ärende."[29]

Praxis har således i dessa avgöranden uttryckligen tagit avstånd från principen att svaga märken skall erhålla ett mindre omfattande skydd än starka märken.[30] Så är även fallet i tysk rätt där in-

---

29. Se även de av Uggla, a s angivna avgörandena, besvärsavdelningen 92/73 (HYDROLAN = HYDROPAL), 131/73 (SURGIFIX = SURGINE), 141/73 (CLINICULT = CLINITEST och CLINISTIX), 102/74 (PREGNEX = PREGNYL).
30. Jfr bland annat Heiding, avh s 88, Knoph, a a s 422. Jfr även besvärsavdelningens beslut i RÅ 1965 H 47 och regeringsrättens minoritet i RÅ 1978 Ab 85. Majoriteten fann där att märkena MINIVIB och MINIBEL var förväxlingsbara. Två regeringsråd ansåg emellertid att man skulle bortse från den gemensamma delen "mini", eftersom denna numera var allmänt känd. Några större likheter befanns inte föreligga mellan resterande delar av märkena och de ansågs därför inte förväxlingsbara. Samma RÅ 1979 Ab 458, SANDVIK MINIVIB = MINIBEL.

delningen i svaga och starka märken utvecklats.[31] Undantag gäller dock, till skillnad från i svensk rätt,[32] för varumärken för läkemedel.[33]

Amerikansk praxis synes på denna punkt kluven. Det finns ett stort antal avgöranden till stöd både för de svenska domstolarnas ståndpunkt och den motsatta.[34] Bland andra Callman synes stödja den princip som gäller i svensk rätt.[35]

Regeringsrättens och patentbesvärsrättens ställningstagande är en förutsättning för att den judiciella förväxlingsbedömningen skall överensstämma med omsättningskretsens.[36] Frånsett det skäl som besvärsavdelningen anförde i sitt utlåtande till regeringsrätten i ARCOPAL-ICOPAL-målet tillkommer, att en stor del av konsumenterna i många fall, till exempel i det nämnda, torde sakna vetskap om att en viss del av ett märke är deskriptiv och därmed ej heller uppfatta delen som sådan.

För det fall att ett helt ord i ett varumärke skulle vara deskriptivt gäller dock inte regeln om helhetsbedömning. Man måste här skilja mellan de fall där det sökta varumärket innehåller deskriptiva delar och de fall där det mothållna märket innehåller sådana delar.

Bland avgöranden av förstnämnda typ kan nämnas ett rörande ett varumärke där ordet CONCEAL intog en framträdande plats.[37] Märket söktes registrerat för ett medel att dölja ringar under ögonen. Anspråk gjordes dock inte på ensamrätt till ordet CONCEAL. Varumärkesbyrån ansåg märket förväxlingsbart med märket COLCIN för kosmetiska preparat. Besvärsavdelningen ansåg dock att ordet "conceal" (eng = dölja) var helt deskriptivt för de nämnda

31. Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 139, BGH i GRUR 1952 s 420 ("Gumax" = "Gumasol").
32. SOU 1958: 10 s 197.
33. Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 141.
34. Se Callman, vol 3 s 681 ff, Lunsford, Trademark Basics, 59 TMR s 873 ff (1969), McCarthy, vol 1 s 398 ff med hänvisningar till praxis. Distinktionen synes emellertid ha fått sin största betydelse såvitt gäller varumärkesskyddets omfattning avseende varuslag.
35. A a s 681.
36. Se Bowen, a a s 22 ff.
37. Besvärsavdelningen 38/69. Se för äldre rätt diskussionen i Heiding, avh s 91 ff. Från praxis RÅ 1932 s 108 (= NIR 1933 s 60, PALM & OLIV ≠ PALMOLIVE), NJA 1932 B 599 (= NIR 1933 s 60, PALM & OLIV = PALMOLIVE).

varorna och att sökanden därför var berättigad att inta ordet i sitt varumärke. Med samma motivering ansågs det också möjligt att i ett märke för gödselmedel inta ordet "gödjord" utan hinder av det registrerade varumärket GÖJORD, vilket också var registrerat för gödselmedel m m.[38]

Även ett figurmärke innehållande ordet "hals" avsett för halstabletter har ansetts registrerbart trots invändning av innehavaren av ett figurmärke innehållande namnet HALLS, eftersom ordet "hals" i ett varumärke för halstabletter är en helt generisk beteckning.[39]

Besvärsavdelningens ställningstagande i dessa fall kan inte kritiseras, eftersom motsatt ståndpunkt skulle medföra att den som registrerar ett märke som är "förväxlingsbart" med ett helt deskriptivt ord eller en deskriptiv figur skulle få ensamrätt också till det deskriptiva ordet eller figuren. Många förväxlingar som kan uppstå mellan ett helt deskriptivt ord och ett liknande varumärke, till exempel "gödjord" resp "GÖJORD", torde inte heller röra varornas kommersiella ursprung utan deras art. Det skulle alltså vara fråga om förväxlingar av samma typ som de som kan uppkomma som ett resultat av att två varuslagsbenämningar är mycket lika.

I de fall där ett registrerat varumärke innehåller en deskriptiv beteckning som ej har ordskydd gäller att ett märke som är förväxlingsbart med denna beteckning kan registreras. Som exempel från praxis kan nämnas att ett märke innehållande det deskriptiva ordet "blanka" var registrerat för putsdukar. Varumärkesbyrån ansåg, dock inte enhälligt, att märket BLANKIN, också avsett för putsdukar, var förväxlingsbart med det förstnämnda märket. Besvärsavdelningen intog motsatt ståndpunkt. Ordet "blanka" var deskriptivt och eftersom det saknade ordskydd medförde registreringen av varumärket ej ensamrätt till ordet. Med hänsyn härtill kunde det ej heller utgöra registreringshinder.[40]

Eftersom man fritt kan använda en beteckning som är identisk med en deskriptiv del av ett märke är det naturligtvis logiskt att man fritt får använda en icke identisk beteckning. Man bör emel-

38. Besvärsavdelningen 153/73.
39. Besvärsavdelningen 72/71.
40. Besvärsavdelningen 52/64.

lertid observera att motivet till att envar fritt skall kunna använda deskriptiva beteckningar, nämligen att detta är nödvändigt för att korrekt kunna beskriva den sålda produkten, dess användning o dyl, inte har någon bärkraft för märken som enbart är förväxlingsbara med sådana beteckningar. Det är således inte nödvändigt att kunna använda sig av ett märke typ BLANKIN. Det kan därför finnas vissa skäl att de lege ferenda skapa möjligheter att förhindra registrering av märken som kan förväxlas med sådana deskriptiva beteckningar som används i en varumärkesfunktion. Som exempel på ett sådant kännetecken kan anges TVÄTTA för tvättmedel. Även om den som använder TVÄTTA i en kännetecknensfunktion varken kan eller bör kunna hindra någon annan näringsidkare från att använda ordet "tvätta" kan det diskuteras huruvida en annan näringsidkares registrering av till exempel kännetecknet TVÄTTIS bör kunna vägras.

4.3.2.4 Betydelsen av att det mothållna märket är mycket känt

Det förekommer ibland att registreringssökanden anför att några förväxlingar inte kan ske mellan hans märke och det mothållna märket, eftersom det senare är så känt.[41] Denna omständighet kan möjligen ha viss relevans för uppkomsten av faktiska förväxlingar men den har inte alls den angivna rättsliga relevansen. Tvärtom anses i praxis, i överensstämmelse med vad som antyds i förarbetena,[42] att särskilt kända märken har rätt till ett något större skyddsomfång än normalt.[43] Utvidgningen av skyddsomfånget är

41. Så bl a i RÅ 1967 s 32 (= NIR 1968 s 240), VALLENTINE = BALLANTINE' S.
42. SOU 1958: 10 s 254.
43. Det mothållna märkets välkändhet synes ha bidragit till utgången bl a i RÅ 1968 H 34 (= NIR 1970 s 210), ULTRA PAK = TETRA PAK, RÅ 1968 H 41 (= NIR 1970 s 214), NESERIL = NESTARGEL, RÅ 1974 A 318 (= NIR 1974 s 323), bilden av en elefant = HIAB ELEFANT (se i dessa tre avgöranden besvärsavdelningens av regeringsrätten ej ändrade beslut), RÅ 1976 Ab 232, AGA-LUX = LUX (se här besvärsavdelningens utlåtande till regeringsrätten) och besvärsavdelningen 172/68, COLA-CAO = COCA-COLA. Se även Carlmans kommentar till RÅ 1972 H 51 (= NIR 1973 s 110), ENCO = NK, a a s 218. Varumärket EPA har dock å andra sidan trots sin starka inarbetning av regeringsrätten inte ansetts utgöra registreringshinder för varumärket E-T-A, RÅ 1978 Ab 115.

dock inte av någon större omfattning, utan stark inarbetning får bara betydelse i gränsfall.

4.3.2.5 Betydelsen av vilken vara märkena kännetecknar

Som redan nämnts är varuslagslikhet som huvudregel en förutsättning för att förväxling skall anses föreligga. Varuslaget har emellertid också betydelse genom att märken som kännetecknar varor av en sådan typ att dess inköp inte planeras så noga anses behöva ett vidare skyddsomfång än varor som köps först efter mer omfattande överväganden.[44] Lagstiftningen utgår från att konsumenterna i de senare fallen skaffar sig en klarare minnesbild av märkena ifråga. Detta framgår bland annat av bilmarknaden där exempelvis varumärkena VOLVO och VOLGA resp BMW och BMC förekommer parallellt.[45] Likaså tolereras mer närliggande märken om dessa endast vänder sig till branschfolk.

Från senare praxis förtjänar särskilt följande avgörande att nämnas, eftersom det torde vara ett gränsfall.[46] En näringsidkare ansökte om registrering av varumärket E-T-A för vissa elektriska och elektroniska specialvaror i klass 9. Varorna var av sådan typ att de med största sannolikhet endast inköptes av yrkesfolk. Varumärkesbyrån biföll ansökningen. Innehavaren av varumärket EPA, registrerat för samtliga varor i klass 9, anförde besvär. Besvärsavdelningen anförde att det sökta märket kan utläsas som ordet ETA, vilket måste anses påtagligt likt ordet EPA. Med hänsyn härtill och till att ordet EPA på grund av stark inarbetning borde ges ett vidsträckt skydd ansåg besvärsavdelningen att märkena var förväxlingsbara. Sökanden besvärade sig till regeringsrätten vars majoritet fanns det styrkt att sökandens varumärke uttalades bokstav för bokstav. Vid sådant förhållande och med hänsyn till den noggrannhet vid val av varor som kan påräknas hos sökandens avnämarkrets fann regeringsrätten att märkena inte kunde anses förväxlingsbara. Två ledamöter var skiljaktiga och gjorde ej ändring i det överklagade beslutet.

Att de kännetecknade varorna tillhörde en lägre prisklass, som ofta inhandlades utan större överväganden, har å andra sidan bi-

44. SOU 1958: 10 s 257.
45. I a s 275 not 1 uppräknas motorcykelmärkena ABG, AJS, AMC, BMW, BSA, CZ, DKW, DMW, FN, HVA, NSU, NV, SRM och TWN vilka använts parallellt.
46. RÅ 1978 Ab 115.

dragit till att varumärket LENITA, avsett för pappersborddukar, ansågs förväxlingsbart med DUNITA för pappersservietter[47] och att märket IMAGINATION ansågs förväxlingsbart med INSINUACION, båda för kosmetiska preparat.[48]

Förväxlingsbedömningen är i flera länder strängare när det gäller märken som kännetecknar sådana varor där en förväxling skulle få särskilt allvarliga följder. I amerikansk rätt gäller enligt principen om "greater care" att förväxlingsbedömningen är strängare för märken som kännetecknar sådana varor att förväxlingar kan få skadliga konsekvenser av kroppslig art.[49] Enbart ekonomisk skada är således inte tillräcklig. Detta innebär att principen främst får betydelse för olika typer av farmaceutiska preparat och gifter. Eftersom en vägrad registrering liksom i svensk rätt inte hindrar användning av det ifrågavarande märket och inte heller är bindande för domstolarna i ett eventuellt framtida intrångsmål har i USA hävdats att denna strängare bedömningsprincip inte skall användas annat än i intrångsfall.[50] Praxis visar dock att den använts även i registreringsavgöranden.[51]

I förarbetena till VmL diskuterades huruvida särskilda regler för förväxling mellan märken avsedda för läkemedel skulle införas.[52] Så blev som bekant inte fallet. Det påpekades emellertid att förväxlingsbedömningen i sådana fall skall vara sträng.[53]

Såvitt gäller märken som kännetecknar varor där den personliga smaken spelar en särskilt stor roll för produktvalet och därför starka märkespreferenser normalt finns, till exempel tobak, drycker, parfymer och andra skönhetsmedel, kan i praxis spåras en tendens att bedöma förväxlingsmöjligheterna mindre än annars.[54] Det mest kända avgörandet torde vara det där varumärket VALENTINE för vin inte ansågs förväxlingbart med BALLANTINE'S för whisky.[55]

47. Besvärsavdelningen 64/70.
48. RÅ 1971 H 31.
49. Se särskilt Johnson-McGrath-Stanard-Thompson, a a s 26 ff.
50. A a s 40.
51. A a s 30 ff.
52. SOU 1958: 10 s 187 ff.
53. A a s 197.
54. Tendensen finns även i amerikansk rätt, Callman, vol 3 s 586 ff med hänv till praxis.
55. RÅ 1967 s 32 (= NIR 1968 s 240).

Både varumärkesbyrån och besvärsavdelningen ansåg att märkena var förväxlingsbara. Regeringsrätten kom emellertid till motsatt resultat och uttalade härvid att väl viss likhet förelåg mellan varuslagen vin och whisky men att ordlikheten inte var särskilt påfallande. Då härtill kom

> "att de som brukar köpa vin och visky otvivelaktigt nästan undantagslöst både känner till den väsentliga skillnaden i fråga om art och ursprung de båda slagen av drycker emellan och ägnar valet av märke intresse och omsorg"

ansågs märkena ej förväxlingsbara.[56]

Ett annat exempel är att regeringsrätten, till skillnad från besvärsavdelningen, inte ansåg att varumärket REWARD, för tobaksvaror, var förväxlingsbart med varumärket LIVARDE, också för tobaksvaror.[57] Regeringsrätten yttrade härvid:

> "Då konsumenter av tobaksvaror i regel är mycket märkesmedvetna, kan det sökta märket REWARD icke anses förete sådan likhet med det för annan än bolaget registrerade varumärket 118 765 LIVARDE att märkena — oaktat att de avser varor av samma slag — är förväxlingsbara."

Till skillnad från regeringsrätten ansåg således besvärsavdelningen att såväl VALLENTINE och BALLANTINE'S som REWARD och LIVARDE var förväxlingsbara. Regeringsrätten tycks därför vara mer benägen att tillmäta den större märkesmedvetenhet konsumenterna antas ha när det gäller vissa typer av varor rättslig betydelse.[58]

4.3.2.6 Ordmärken

Faktiska förväxlingar mellan ordmärken uppkommer naturligen främst som en följd av likhet mellan märkenas stavning och uttal. Även ett ords betydelse, om det har någon, och de eventuella associationer ordet kan ge upphov till påverkar emellertid konsumenternas uppfattning. Betydelse har det också om märkena, utan att vara identiska, har ett eller flera karakteristiska led gemensamt.

Vid förväxlingsbedömningen tar man i svensk liksom även i tysk

56. Se om avgörandet Uggla, a a s 386 f.
57. RÅ 1971 H 34. Se härom Uggla, a s.
58. En liknande inställning synes norska høyesteret ha, se NIR 1972 s 202, TEEM i figur för en limedrink ≠ TEENI för fruktchampagne.

och amerikansk rätt hänsyn till samtliga dessa omständigheter.[59] Bedömningen syns emellertid vara betydligt stelare i tysk rätt än i svensk och amerikansk.

Som en följd av produktregeln visar de avgöranden där varuslagslikheten varit fullständig den minsta likhet som krävs för att förväxling skall anses föreligga. Som exempel på märken som ansetts förväxlingsbara när varuslagslikheten varit total kan nämnas varumärkena WUZZI och WYZO, båda för kosmetiska preparat,[60] CARABELLE för skjortor m m och KARUSELL för textila beklädnadsvaror,[61] AULIC och AURID, båda för kosmetiska produkter och parfymer,[62] DJOB och JOBIS, båda för damunderkläder,[63] BEACON och BISON, båda för grammofonskivor, [64] GLOBE FOOD och GLOBUS, båda för livsmedel,[65] GUARDIAN och GARD, båda för diverse elartiklar,[66] JACKI och JOCKEY, båda för kläder,[67] VASQUE och VAC, båda för vissa typer av kläder och skor[68] samt PLIVIVE och BLIV, båda bland annat för kosmetiska preparat.[69] Vidare har varumärket PALETT ansetts förväxlingsbart med PLAKETT men ej med PLANET,[70] samtliga tre för chokladvaror. Som särskilt strängt får betecknas att varumärket SPERRY har ansetts utgöra hinder för registrering av ett märke bestående av orden FRED PERRY SPORTSWEAR plus vissa figurelement, båda för kläder.[71] Två regeringsråd var dock av skiljaktig mening.

Som exempel på märken som inte ansetts förväxlingsbara trots att fullständig eller stark varuslagslikhet förelegat kan nämnas

59. SOU 1958: 10 s 253, prop 1960: 167 s 76. Tysk rätt se ex Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 45 ff, Busse, § 31 anm 48 ff. Amerikansk rätt Callman, vol 3 s 601 ff, McCarthy, vol 2 s 40 ff.
60. RÅ 1963 H 36.
61. Besvärsavdelningen 37/67.
62. Besvärsavdelningen 113/70.
63. RÅ 1971 H 33.
64. RÅ 1971 H 54 (= NIR 1972 s 217).
65. RÅ 1974 A 1002.
66. RÅ 1974 A 1910.
67. RÅ 1977 Ab 426.
68. RÅ 1977 Ab 438.
69. RÅ 1977 Ab 482.
70. Besvärsavdelningen 160/70.
71. RÅ 1978 Ab 58.

varumärkena GOLDFISH och GOLD,[72] bägge för samma slag av livsmedel, DIABOL och DIACON respektive DIAMANT,[73] P-FRONT i figur och Y-FRONT, båda för herrkalsonger[74] samt ONYX och ONES, båda för tobaksvaror.[75] Inte heller har varumärket MARABOU, vilket är registrerat inte bara för choklad och dylikt utan också för strumpor och skor, ansetts utgöra registreringshinder för MARBOT, också avsett för strumpor och skor.[76]

Stavnings- och uttalslikhet behöver inte alltid föreligga samtidigt och detta krävs inte heller för att märkena skall anses förväxlingsbara. Varumärkena ZMIL och SNILL uppvisar ingen större stavningslikhet men däremot uttalslikhet och ansågs därför förväxlingsbara.[77] (Det var fråga om identiska varuslag.) Inte heller PHENYALIN och FENJAL, för antihistaminpreparat respektive farmaceutiska preparat i allmänhet, uppvisar någon större stavningslikhet men besvärsavdelningen ansåg det tänkbart att y:et i PHENYALIN skulle uttalas som j och att uttalslikheten då blir påfallande.[78] Ett ytterligare exempel är att varumärkena CONOX och KRONOS, båda för vissa kemiska ämnen, ansetts förväxlingsbara.[79]

Ett mer speciellt fall är följande.[80] Varumärket ENCO söktes registrerat i en mängd varuklasser. Besvärsavdelningen fann märket förväxlingsbart med Nordiska Kompaniets figurmärke NK i en ring samt den inarbetade förkortningen NK vilken uttalas ENKÅ. Sökanden bestred att Nordiska Kompaniets registrerade varumärke NK i ring medförde skydd för den fonetiska motsvarigheten ENKÅ. Regeringsrätten ansåg emellertid ENCO vara förväxlingsbart både med figurmärket NK i ring och det inarbetade kännetecknet NK.

---

72. Besvärsavdelningen 28/62.
73. Besvärsavdelningen 68/67.
74. Besvärsavdelningen 78/68. En ledamot var skiljaktig och ansåg märkena förväxlingsbara.
75. RÅ 1976 Ab 234.
76. Besvärsavdelningen 10/73.
77. RÅ 1963 H 37.
78. Besvärsavdelningen 181/69. Se även det danska avgörande UfR 1980 s 166 där ordet BABE ansågs förväxlingsbart med BABOR, eftersom det inte kunde uteslutas att många danskar skulle uttala BABE enligt danska uttalsregler istället för amerikanska.
79. RÅ 1975 A 77.
80. RÅ 1972 H 51 (= NIR 1973 s 110).

Carlman hävdar[81] att utgången av NK-fallet torde bero på NK-märkets utomordentligt starka inarbetning vilket i och för sig inte är osannolikt. I MARABOU-fallet ovan[82] tycks dock den starka inarbetningen inte ha haft någon betydelse, vilket emellertid kan bero på att den inte omfattade skor och strumpor. Redan helhetsbedömningsprincipen talar emellertid för att det inte bör föreligga några principiella hinder mot att anse ett ordmärke förväxlingsbart med ett bokstavsmärke. Det torde även vara svårt att hitta några tyngre vägande skäl för att uttalslikhet mellan en förkortning och ett ordmärke ej skall ha lika stor betydelse som uttalslikhet mellan två ordmärken som stavas helt olika. Denna tanke synes också regeringsrätten ha accepterat i det nedan omnämnda ICIFLO-avgörandet.[83]

Det ovan anförda PHENYALIN-avgörandet[84] aktualiserar frågan vilken hänsyn man skall ta till det förhållandet att ett ord kan uttalas på flera olika sätt. Detta aktualiserades också i samband med att registrering av märket ISIFLO för rör m m vägrades, eftersom märket ansågs förväxlingsbart med ICI också för rör och dylikt.[85]

Sökanden anförde bl a att det vid ett korrekt uttal av ICI, ai-si-ai, inte förelåg någon förväxlingsrisk. Besvärsavdelningen hävdade häremot att man vid förväxlingsbedömningen måste ta hänsyn till alla tänkbara uttalsmöjligheter, att det mothållna märket ofta torde uttalas i-es-i och att ISIFLO därigenom lätt kan komma att uppfattas som angivande ett kommersiellt samband mellan de två märkenas innehavare. Sökanden anförde besvär till regeringsrätten men denna gjorde ej ändring i besvärsavdelningens beslut.

Principen att bedöma förväxlingsrisken enligt varje tänkbart uttal är välmotiverad. Det är knappast realistiskt att föreställa sig att konsumenterna normalt skall känna till uttalet av till exempel svårare kemiska eller farmaceutiska facktermer, förkortningar eller främmande ord. Principen framstår också som konsekvent med

81. A a s 218.
82. Se ovan s 227.
83. Se nedan denna sida.
84. Ovan s 227.
85. RÅ 1968 H 33 (= NIR 1970 s 217).

tanke på att förväxlingsrisken skall avgöras efter en helhetsbedömning. Om däremot ett märke vid registreringsansökan redan är inarbetat med ett uttal som skiljer sig från ett äldre märkes bör registrering vara möjlig.[86]

Ordmärken, som har samma betydelse eller mellan vilka begreppsmässig överensstämmelse råder, kan enligt förarbetena vara förväxlingsbara, vid registreringsförfarandet dock endast undantagsvis.[87]

Ett avgörande där ordens innebörd har tillmätts betydelse rör varumärkena PRINCIPE för toilettartiklar och PRINCESSE för tvål m m.[88] Både PRV och besvärsavdelningen ansåg att PRINCESSE utgjorde registreringshinder för PRINCIPE. I sitt utlåtande till regeringsrätten anförde besvärsavdelningen att förutom bokstavlikhet förelåg även begreppsmässig likhet, eftersom PRINCIPE betyder prins på italienska och PRINCESSE prinsessa på franska. Regeringsrätten gjorde ej ändring i besvärsavdelningens beslut. Mellan de ifrågavarande orden råder emellertid en så betydande stavnings- och uttalslikhet att de antagligen redan på denna grund skulle ha ansetts förväxlingsbara.

Däremot ansågs WEISSES RÖSSL för vin ej vara förväxlingsbart med WHITE HORSE för whisky.[89] Varumärkesbyrån motiverade sitt av besvärsavdelningen ej ändrade beslut med att den visuella och fonetiska olikheten var betydande och att "Rössl" ej heller var det vanliga ordet för häst.[90]

Avgörandena tyder på att begreppsmässig överensstämmelse i praxis knappast ensamt är tillräckligt för att förväxling skall anses föreligga, utan att sådan överensstämmelse endast har betydelse i gränsfall.

Det kan nämnas att man i amerikansk rätt på denna punkt åt-

86. Se RÅ 1978 Ab 115, E-T-A = EPA.
87. SOU 1958: 10 s 253 där som exempel nämns att orden VARG och ULV möjligen kan anses förväxlingsbara. I tidigare praxis ansågs endast ord med samma betydelse fast på olika språk och som dessutom hade viss syn- eller ljudlikhet som förväxlingsbara. Se RÅ 1911 Ju 46 (SOLSTRÅLEN = SUNBEAM) och RÅ 1949 H 16 (= NIR 1949 s 272, ROYAL CROWN = KRON och KRONAN).
88. RÅ 1973 A 360.
89. Besvärsavdelningen 72/74.
90. I besvärsavdelningen 64/70 synes en viss om än begränsad vikt ha fästs vid att de ifrågavarande märkena gav upphov till liknande associationer (LENITA = DUNITA).

minstone i vissa fall synes ha gått väsentligt längre än i svensk.[91] Visserligen är begreppsmässig överensstämmelse inte heller här normalt tillräcklig för att förvirrande likhet skall anses föreligga[92] men det finns i praxis flera undantag från detta. Så har exempelvis PARIS ansetts lika med FRENCH,[93] något som måste anses mycket strängt, CYCLONE med TORNADO[94] och BLITZ med LIGHTNIN'.[95]

Uttalandet att även begreppsmässig överensstämmelse undantagsvis kan vara tillräcklig för att förväxling skall anses föreligga är intressant även av den anledningen att det visar att lagstiftaren delar den inom marknadsföringen vanliga åsikten att synen av ett varumärke kan uppväcka en mängd olika associationer hos konsumenten.

I praxis tycks emellertid begreppsmässig olikhet mellan ordmärken ha spelat en betydligt större roll än begreppsmässig likhet.[96] I ett flertal fall har sådan olikhet eller att märkena givit upphov till olika associationer anförts som skäl för att de ej ansetts förväxlingsbara.[97] Besvärsavdelningen har med bland annat detta som stöd ansett att märket DIABOL inte är förväxlingsbart med DIAMOND eller DIAKON,[98] UNIROYAL inte med UNIROPA,[99] PANTHER PLAST inte med PARTNER,[100] MARATHON inte med MARABOU[101] och VACKER TASS inte med WACKER.[102] Även det förhållandet att ett ord haft en viss betydelse medan det andra har framstått som ett fantasiord har tillmätts betydelse. Besvärsavdelningen har bland annat med hänvisning till detta an-

91. Callman, vol 3 s 606 ff. Han ger ett stort antal exempel på fall där betydelselikhet spelat in vid förväxlingsbedömningen, se s 619 ff, särskilt s 625 ff.
92. A a s 627 ff.
93. A Stein & Co v. Liberty Carter Mfg Co, 198 F 959 (1912).
94. Hancock v. American Steel & Wire Co of New Jersey, 203 F2d 737 (1953)
95. Lightnin Chemical Co v. Royal Home Products Inc, 197 F2d 668 (1952).
96. Carlman, a a s 217 f.
97. Jfr Callman, vol 3 s 607 som dock anser att ovanstående bara gäller när märkena även på annat sätt är olika.
98. Besvärsavdelningen 68/67.
99. Besvärsavdelningen 171/68.
100. Besvärsavdelningen 176/70.
101. Besvärsavdelningen 149/74.
102. Besvärsavdelningen 25/76.

sett att FEMA inte var förväxlingsbart med FEMINA.[103] Besvärsavdelningens ställningstagande har accepterats av regeringsrätten vilken med uttrycklig hänvisning till betydelseskillnaden ansett att varumärket LOTUS inte var förväxlingsbart med märket LOGOS, trots fullständig varuslagslikhet.[104]

Av de anförda avgörandena framgår att den omständigheten att de bägge varumärkena kan ge upphov till olika associationer talar för att de inte är förväxlingsbara. Tolkningsprincipen bör dock användas med viss försiktighet. För att konsumenterna skall uppfatta olikheterna i betydelse eller få de olika associationerna krävs nämligen att de förstår ordets betydelse. Denna förutsättning torde relativt ofta ej vara uppfylld.[105]

Självklart har emellertid ord med helt olika betydelse ansetts förväxlingsbara om de uppfyllt kraven på märkes- och varuslagslikhet. Betydelseolikhet innebär således inte på något sätt att förväxling är utesluten. Besvärsavdelningen har till exempel ansett att märkena ESOTERICA och EXOTICA, båda för hudkrämer, var förväxlingsbara. Man påpekade därvid särskilt att innebörden av orden esoterisk och exotisk, i synnerhet av det första, antagligen var föga känd av allmänheten.[106] Andra exempel där förväxling ansetts föreligga trots att märkena haft olika betydelser eller givit olika associationer är MUNICUM och MYSTICUM, båda för munvårdspreparat[107] samt BONHEUR och BON-JOUR, båda för konfektyrer.[108] Vidare har varumärket IMAGINATION bedömts vara förväxlingsbart med INSINUACION, båda för kosmetiska preparat[109] och varumärket DANA förväxlingsbart med ANA.[110]

Enligt förarbetena bör ord som inte består av annat än en karakteristisk del av ett äldre märke eller en sådan del plus något

---

103. Besvärsavdelningen 133/76.
104. RÅ 1976 Ab 141.
105. Se det norska avgörandet NIR 1977 s 420 där registrering av PANA avslogs då märket ansågs förväxlingsbart med PANDA. Sökanden hävdade att förväxlingsrisken var begränsad då varumärket PANDA hade en specifik betydelse, nämligen "kattebjörn". Styrets 2. avd hävdade emellertid att så många kunde tänkas förväxla märkena att registrering ej kunde beviljas.
106. Besvärsavdelningen 5/67.
107. Besvärsavdelningen 18/65.
108. Besvärsavdelningen 94/70.
109. RÅ 1971 H 31.
110. RÅ 1971 H 78.

tillägg anses förväxlingsbart med det äldre märket.[111] Uttalandet avser som framgår bara karakteristiska delar av ord och alltså inte de vanligaste pre- och suffixen.

Såvitt gäller märken som består av ett äldre märke plus ett tillägg torde de flesta tvisterna gälla ordet SCAN.[112] När detta ord varit prefix har åtminstone tidigare förväxling ansetts föreligga så snart varuslagslikhet varit för handen.[113] I praxis har SCAN utgjort hinder för registrering av märkena SCANPUMP,[114] SCAN-DOOR,[115] SCANMOP[116] och SCAN-SOUND.[117] Några avgöranden från besvärsavdelningen tyder dock på att domstolen såvitt gäller märken som innehåller ordet SCAN har modifierat sin praxis. Inget av varumärkena SCANCOR, SCANIMOBILE eller SCANICAMERA har ansetts förväxlingsbart med varumärket SCAN.[118] I de två sistnämnda fallen skulle detta kunna bero på att märkena ansetts sammansatta av SCANI plus CAMERA respektive MOBILE.[119] Detta förefaller emellertid mindre sannolikt, eftersom besvärsavdelningen inte i något av besluten tagit avstånd från varumärkesbyråns uttalande att den ymniga förekomsten av märken med prefixet SCAN motiverar att avsteg görs från den diskuterade regeln.[120]

Såvitt gäller andra märken än SCAN-märken torde regeln upprätthållas med större stränghet. Från praxis kan nämnas att varumärket FIX för textilvaror ansetts utgöra registreringshinder för märket FIXLOOPERS för skor.[121] Regeln torde också gälla i de fall där det äldre märket som prefix innehåller den del som söks registrerad. Från praxis kan nämnas att VALS ansetts förväxlingsbart med VALSTAR.[122]

Normalt synes domstolarna fästa samma vikt vid överensstäm-

111. SOU 1958: 10 s 253.
112. Se härom redogörelsen hos Carlman, a a s 305 ff.
113. A a s 315.
114. RÅ 1971 H 92.
115. RÅ 1972 H 85.
116. Besvärsavdelningen 52/73.
117. RÅ 1976 Ab 612.
118. Besvärsavdelningen 95/76, 77/77 resp 83/77.
119. Se nedan s 233.
120. Se även besvärsavdelningen 77/73 i vilket HEWASCAN $\neq$ SCAN.
121. RÅ 1974 A 1911.
122. RÅ 1974 A 1318.

melse mellan suffix som mellan prefix. Regeringsrätten har således funnit DUCLONE och ORICLONE förväxlingsbara med CLONE,[123] PERO-KLEAN förväxlingsbart med EURO-CLEAN,[124] AGA-LUX förväxlingsbart med LUX,[125] KIT-E-KWIK förväxlingsbart med KVICK[126] och FOLITHERM förväxlingsbart med POLYTHERMOMNI.[127] Vidare har besvärsavdelningen funnit både CRESTALUX och SCANDILUX förväxlingsbara med LUX.[128]

I många fall kan tvekan råda om huruvida det sökta märket verkligen är sammansatt av en del av det äldre märket. Det kan således diskuteras huruvida märkena SCANDIDRY, SCANDIFLEX, SCANDISAFE, SCANDYLUX, SCANTIOX och SCANTISEP är sammansatta av ordet SCAN. De tre första märkena kan också uppfattas som sammansatta av SCANDI plus DRY, FLEX resp SAFE och det fjärde märket av SCANDY plus LUX.[129] Det sistnämnda förefaller mest naturligt, eftersom det inte finns några ord som IDRY, IFLEX, ISAFE eller YLUX. Besvärsavdelningen tycks också ha gått på denna linje, eftersom inget av dessa fyra märken ansetts förväxlingsbara med SCAN.[130] Såvitt angår de tre sista märkena är osäkerheten större. Dessa kan uppfattas som sammansatta av SCANTI plus OX resp SCANTI plus TIOX, men också som sammansatta av SCAN plus TIOX resp SCAN plus TISEP. Suffixen får varken i det första eller andra fallet någon innebörd. Det andra alternativet förefaller emellertid mer rimligt. Enär medgivande lämnats innan regeringsrätten prövat fallen framgår ej klart huruvida domstolen ansett märkena förväxlingsbara.[131] Skrivningen "med hänsyn till det nu lämnade medgivandet" tyder emellertid på att domstolen ansett så vara fallet.

---

123. RÅ 1971 H 25 resp 26.
124. RÅ 1974 A 467.
125. RÅ 1976 Ab 232.
126. RÅ 1977 Ab 483.
127. RÅ 1971 H 81.
128. Besvärsavdelningen 104/69 resp 126/70. Regeringsrätten har dock ansett att HYDROLUX ej var förväxlingsbart med LUX, RÅ 1968 H 24. Detta motiverades emellertid framför allt med att avnämarkretsen var så begränsad och kvalificerad.
129. Carlman, a a s 314.
130. Besvärsavdelningen 42—44/71 resp 36/72.
131. RÅ 1974 A 824 resp 825, Carlman, a a s 314.

Ovanstående tolkning stöds också av att TENDRELLE men ej TENDERLEY ansetts förväxlingsbart med TEND,[132] eftersom det första märket kan tänkas sammansatt av TEND plus RELLE medan det andra rimligen grundas på engelskans "tender".[133] Man måste dock vara mycket försiktig med att fästa vikt vid ordanalyser av ovannämnda slag. Det är nämligen inte alls säkert att huvuddelen av omsättningskretsen har så omfattande språkkunskaper att de förstår och fäster vikt vid ett ordmärkes sammansättning.

Någon speciell regel för de fall då bägge märkena består av två fristående ord varav ett är gemensamt synes svår att uppställa. Å ena sidan har varumärket P-FRONT ej ansetts förväxlingsbart med Y-FRONT,[134] ELIZABETH OF SWEDEN ej ansetts förväxlingsbart med ELISABETH ARDEN[135] och STIMU-BITS ej ansetts förväxlingsbart med STIMU-U-DENTS[136] men å andra sidan har ULTRA PAK ansetts förväxlingsbart med TETRA PAK[137] och ELEMENTA ansetts förväxlingsbart med WERNO ELEMENTA.[138] Av besvärsavdelningens motivering i TETRA PAK-avgörandet framgår att märkets starka inarbetning haft betydelse för utgången. Även Y-FRONT och ELISABETH ARDEN var emellertid väl kända.

En särskild fråga är vilken betydelse det har att ett företag är innehavare av en "familj" av varumärken som alla innehåller en viss gemensam del. Som exempel kan nämnas att Eastman-Kodak Co förutom det kända märket KODAK också är innehavare av bland andra märkena KODACHROME, KODACOLOR, KODABROMIDE, KODACRAFT, KODAFIX, KODAFLAT, KODAGRAPH, KODAGUIDE, KODALINE och KODAMATIC. Om en familj är känd torde ofta alla varor som kännetecknas av ett märke som med utgångspunkt från den gemensamma delen är uppbyggt på motsvarande sätt antas ha samma kommersiella ursprung. Sådana märken skall också enligt förarbetena anses förväxlingsbara även om någon likhet utöver den gemensamma delen

132. Besvärsavdelningen 153/69 resp 119/73.
133. Carlman, a a s 289.
134. Besvärsavdelningen 78/68.
135. RÅ 1970 H 24.
136. Besvärsavdelningen 18/73.
137. RÅ 1968 H 34.
138. RÅ 1973 A 153.

ej består.[139] Uttalandet tyder på att man ansett att märkesfamiljer kan behöva ett något vidsträcktare skydd än normalt. I praxis synes också en något strängare märkeslikhetsbedömning tillämpas i dessa fall. Här kan nämnas att SOFRADEX ansetts förväxlingsbart med ADEX vilket ingår som en del i ett stort antal märken,[140] NESERIL ansetts förväxlingsbart med NESTARGEL som ingår i NESTLE:s serie NESTLE, NESCAFE m fl[141] och HAVANA CLUB ansetts förväxlingsbart med CLUB SODA, CLUB SOCKERDRICKA, CLUB TONIC WATER, CLUB WICHYVATTEN och CLUB COLA.[142] Däremot ansågs NESPAK inte förväxlingsbart med NESTLE med vidhängande familj.[143] Sistnämnda avgörande är dock det äldsta och motsäger således inte att domstolarna numera tar hänsyn till att ett ord ingår i en varumärkesfamilj.

4.3.2.7 Figur- och utstyrselmärken

Avgörande för om två figurmärken[144] är förväxlingsbara är naturligtvis i första hand synintrycket.[145] Några mer bestämda regler för likhetsbedömningen av sådana märken kan emellertid knappast uppställas. Det finns till exempel inte någon regel med innebörd att märken med samma motiv, exempelvis en elefant, automatiskt skall anses förväxlingsbara, även om det naturligtvis är vanligare att sådana märken är förväxlingsbara än märken som inte har något gemensamt motiv. Varumärkeslagen ger således inte något motivskydd. Å andra sidan kan givetvis även två märken med olika motiv vara förväxlingsbara.

En god uppfattning om vilket mått av likhet som krävs för att kravet på märkeslikhet skall vara uppfyllt ger Carlmans redogörelse för registreringspraxis.[146]

---

139. SOU 1958: 10 s 252.
140. Besvärsavdelningen 32/67.
141. RÅ 1968 H 41 (= NIR 1970 s 214).
142. RÅ 1972 H 68.
143. Besvärsavdelningen 76/65.
144. För enkelhets skull talas i texten endast om figurmärken. Vad som sägs gäller dock även utstyrselmärken.
145. SOU 1958: 10 s 252. Tysk rätt Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 55. Am rätt Callman, vol 3 s 639 ff.
146. A a s 323 ff.

Som exempel på ett avgörande där förväxlingsbedömningen varit relativt sträng kan nämnas att nedanstående två märken har ansetts förväxlingsbara.[147]



Fig 17
Ansökta märket

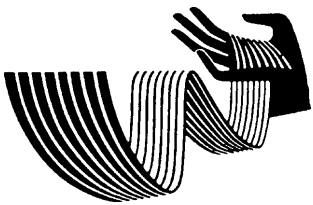


Fig 18
Registrerade märket

Däremot har inget av de nedan och på motstående sida visade varumärkesparen ansetts förväxlingsbara trots stor eller fullständig varuslagslikhet.[148]

Figurmärkesförväxlingsavgöranden måste i särskilt hög grad betraktas som in casu-avgöranden. Trots detta måste vid en jämförelse utgången av följande två avgöranden betecknas som något förvånande.[149] Besvärsavdelningen fann inte figurmomentet i SE-



Fig 19
Ansökta märket



Fig 20
Registrerade märket

147. Besvärsavdelningen 148/68.
148. Fig 19—20 besvärsavdelningen 38/64, fig 21—22 besvärsavdelningen 157/68, fig 23—24 besvärsavdelningen 23/74 och fig 25—26 besvärsavdelningen 3/76.
149. Jfr Carlman, a a s 355.



Fig 21
Ansökta märket

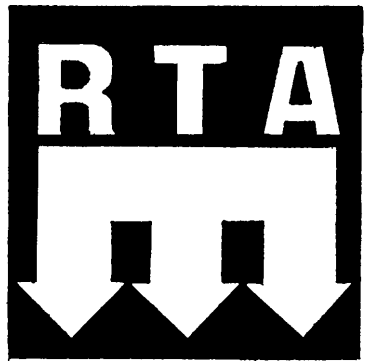


Fig 22
Registrerade märket

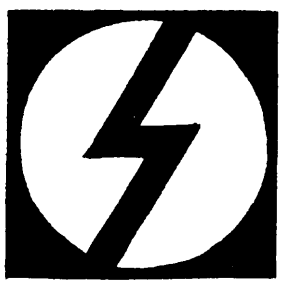


Fig 23
Ansökta märket

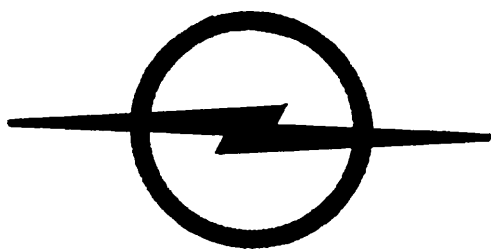


Fig 24
Registrerade märket

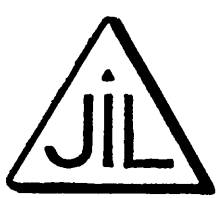


Fig 25
Ansökta märket



Fig 26
Registrerade märket



Fig 27

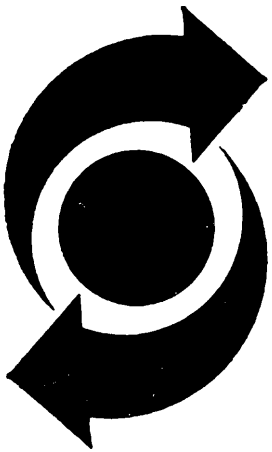


Fig 28



Fig 29

bankens märke så likt det mothållna märket i fig 27 att det var förväxlingsbart därmed.[150] I ett senare avgörande fann däremot både besvärsavdelningen och regeringsrätten att SE-bankens märke ut-



Fig 30
Ansökta märket



Fig 31
Registrerade märket

gjorde hinder för registrering av märket i fig 28.[151] Ungefär samma grad av varuslagslikhet förelåg i bägge avgörandena.

Principen att en helhetsbedömning är avgörande för om två märken är förväxlingsbara får ovanligt stor betydelse när det är fråga om märken som är sammansatta av en stor mängd olika figurer. Så är bland annat ofta fallet med etiketter för olika drycker. I fig 30 och 31 avbildade etiketter, båda naturligtvis avsedda för tonic water, ansågs av besvärsavdelningen, särskilt med avseende på den i dem båda förekommande bilden av en elefant, i sin helhet så lika varandra att de lätt kunde förväxlas.[152]

Avgörandet visar att även förekomsten av ett flertal olikheter inte utesluter förväxling så snart märkenas dominerande beståndsdelar är i stort sett överensstämmande. Detta stämmer också väl överens med principen att det är konsumenternas minnesbild av märket som är avgörande för förväxlingsbedömningen.[153]

Även likhet mellan mycket enkla figurmoment kan medföra att förväxling anses föreligga. Detta framgår till exempel av att de nedan avbildade FUJITSU- och FACOM-märkena ansetts förväxlingsbara med det också visade ATLAS COPCO-märket.[154] Be-



Fig 32



Fig 33



Fig 34

150. Besvärsavdelningen 12/73.
151. RÅ 1974 A 1317.
152. Besvärsavdelningen 42/62.
153. Se ovan s 216 f. Se även färgbilagan sist i Levin, a a.
154. RÅ 1979 Ab 24—25.

svärsavdelningen uttalade härvid i sitt av regeringsrätten ej ändrade beslut att ATLAS COPCO-märket och de andra två märkena som figurmärken var påfallande lika varandra, vilket naturligtvis är sant. Däremot förefaller det de lege ferenda tveksamt om man verkligen bör bortse från olikheten mellan orden när det är fråga om märken där figurmomentet är så obetydligt som i förevarande fall. Det synes som om förväxlingsbedömningen istället bör grundas på en helhetsbedömning där hänsyn tas till både figur- och ordmomenten.

Figurmärken av Atlas Copcos typ har emellertid ett snävt skydds-



Fig 35



Fig 36

omfång vilket framgår av att märket ej ansetts utgöra registreringshinder för något av ovan visade två märken.[155] Även om AIRPACK-märket i likhet med ATLAS COPCO-märket, består av två mörka fält, ett under och ett över det i märket ingående ordet, består dock den betydelsefulla skillnaden i att AIRPAC-märket ger ett helhetsintryck av cirkel under det att ATLAS COPCO-märket bildar en rektangel. I förhållande till SHAKESPEARE-märket var det skillnaderna i utseende mellan de i märkena ingående orden som medförde att märkena ej ansågs förväxlingsbara.

Att enkla figurmoment har ett snävt skyddsomfång belyses också av följande avgöranden. Innehavaren av BAYER-märket gjorde invändning mot registreringen av de tre LUXOR-märkena. Besvärsavdelningen fann att LUXOR-märket i fig 37 var förväx-

155. Besvärsavdelningen 71/77 resp patentbesvärsrätten 102/78.



Fig 37



Fig 38



Fig 39



Fig 40

lingsbart med BAYER-märket men ej de övriga märkena.[156]

Ett figurmärkes färg har naturligtvis stor betydelse för hur det uppfattas. Varumärken registreras emellertid i svartvitt och erhåller därmed skydd i alla färgkombinationer. Undantag gäller endast för märken som ej skulle ha erforderlig särskiljningsförmåga om inte hänsyn togs till deras färgsättning. Vid förväxlingsbedömningen presumeras därför normalt både märkena vara utförda i samma färg.

Ett annat förhållande som kan ha stor betydelse för om faktiska förväxlingar skall kunna uppkomma är vilken storlek varumärket normalt används i. Detta gäller både märkets absoluta storlek och storleken i förhållande till text och dylikt. De ifrågavarande varumärkenas normala storlekar är emellertid vanligen inte kända för PRV eller domstolarna, eftersom inga av de avbildningar som bifogas en registreringsansökan överstiger 8×8 cm, 8 § varumärkeskungörelsen. Vid förväxlingsbedömningen utgår man därför från att de aktuella figurerna används i samma skala.[157]

156. Besvärsavdelningen 34—36/65.
157. Carlman, a a s 343 i anledning av besvärsavdelningen 94/72.

När det gäller nonfigurativa figurmärken och sådana utan ordmoment kan de ofta vara oklart hur märket skall ses. Om detta vrids till exempel 90 grader kan det tänkas att märket ger ett helt annat helhetsintryck. Domstolarna tycks vid förväxlingsbedömningen jämföra märkena när dessa ses på det sätt att likheten är maximal.[158]

4.3.2.8 Förväxling mellan olika typer av varumärken

Faktiska förväxlingar kan också uppstå mellan olika typer av varumärken, till exempel mellan ett ordmärke och ett figurmärke.[159] I praxis enligt äldre varumärkeslagen synes man emellertid ha varit obenägen att erkänna detta.[160] Numera har dock rättsläget på denna punkt ändrats.[161]

Det ledande avgörandet rör i fig 41 avbildade märke avsett för lastningsapparater vilket av regeringsrätten ansågs förväxlingsbart med ordmärket HIAB ELEFANT, registrerat för hydrauliska lastapparater.[162] Att notera är att besvärsavdelningen i sitt av regeringsrätten ej ändrade beslut påpekade att invändaren vid sidan av det visade märket även i betydande omfattning använt ordet ELEFANT och bilden av en elefant som kännetecken för sina varor. Besvärsavdelningen synes dock ej ha hävdat att sistnämnda båda kännetecken använts i sådan omfattning att de inarbetats.

HIAB ELEFANT-avgörandet går något utöver besvärsavdelningens tidigare och möjligen också senare praxis. Normalt har man nämligen ej funnit förväxling föreligga i de fall där det ord som utgjort ordmärkets beståndsdel ej varit figurens givna beteckning,[163] exempelvis på grund av att figuren bestått även av andra

158. Carlman, a s i anslutning till RÅ 1974 A 1000. Se även besvärsavdelningen 16/77. Jfr besvärsavdelningen 59/64 där märket p g a den ingående texten ej kan vridas.
159. Så redan Eberstein, Några synpunkter om ordskydd enligt svensk varumärkesrätt, TfR 1910 s 419.
160. Heiding, avh s 89 f, NJA 1932 s 463 (= NIR 1932 s 66).
161. SOU 1958: 10 s 253, prop 1960: 167 s 76. Så också i tysk och amerikansk rätt, se ex Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 57 resp Callman, vol 3 s 642 ff.
162. RÅ 1974 A 318 (= NIR 1974 s 232).
163. Prop 1960: 167 s 76. Från praxis RÅ 1979 Ab 460, DOMINO.

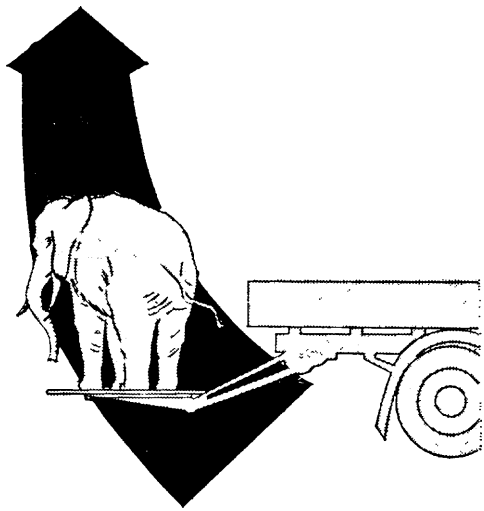


Fig 41

element än det ordet betecknat.[164] Det är därför tänkbart att invändarens användning av ordet ELEFANT och bilden av en sådan som kännetecken varit en bidragande orsak till utgången av HIAB ELEFANT-avgörandet.

Skulle så ha varit fallet har i osedvanligt hög grad hänsyn tagits till sådana omständigheter som inte direkt sammanhänger med de inblandade varumärkena.

Förväxling har i praxis också, tydligen utan tvekan, ansetts kunna föreligga mellan ett figurmärke och en varuutstyrsel.[165]

Sammanfattningsvis kan därför sägas att förväxling enligt svensk rätt inte är utesluten redan på den grunden att de inblandade märkena är av olika typ.

---

164. Se besvärsavdelningen 73/66, där varumärkena PÅGEN och SKÅNE-PÅGEN ej ansågs utgöra hinder för registrering av ett figurmärke bl a innehållande en stiliserad bild av en påg, besvärsavdelningen 94/72, där varumärket LADYBIRD ej ansågs utgöra registreringshinder för ett figurmärke föreställande bl a en nyckelpiga och besvärsavdelningen 7/77, där ett figurmärke föreställande ett på visst sätt utformat äpple ej ansågs utgöra registreringshinder för varumärket THE APPLE.
165. Besvärsavdelningen 70/75.
Motsvarande gäller i tysk rätt, Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 58. Från praxis ex GRUR 1956 s 179.

4.3.3 Varuslagslikhet

4.3.3.1 Huvuddragen hos reglerna

Varumärkeslagen bygger som nämnts på antagandet att märkeslikhet så gott som undantagslöst kan leda till faktiska förväxlingar om de kännetecknade varorna är av samma eller liknande slag. Detta torde tydligast framgå av den promemoria om varuslagslikhet som 1949 upprättades inom PRV och som fortfarande är aktuell.[166] Däremot är den inte rättsligt bindande. I promemorian anförs[167] att man vid angörandet av om varuslagslikhet föreligger i sista hand har att fråga sig

"om sådan beröring mellan varuslagen föreligger, att köparna, därest det gäller identiska eller förväxlingsbara varumärken, kunna antagas få den uppfattningen, att varorna härstamma från ett och samma företag".

Varuslagslikhet är även i de flesta andra länders varumärkeslagstiftning en förutsättning för att förväxling skall anses föreligga[168] och likaså bygger ParisK på denna begränsning, se art 5 C 3, 6 bis 1 och 6 ter 2. Det finns dock inte något i konventionen som hindrar unionsländerna från att föreskriva ett mer omfattande skydd. I amerikansk rätt finns som nämnts inte heller något formellt krav på varuslagslikhet. Normalt anses dock även i USA endast märken som kännetecknar varor av liknande slag vara förväxlingsbara.[169]

Det är emellertid självklart att förväxlingar och vilseledanden om kommersiellt ursprung säkrast motverkas om alla varumärken skyddas för samtliga varor och tjänster. Så var också ursprungligen fallet i 1884 års VmL, liksom i 1880 års danska och 1910 års norska varumärkeslagar.[170] Dessa regler befanns emellertid ge ett betydligt mer omfattande skydd än vad som krävdes för att förhindra faktiska förväxlingar, något som bedömdes mindre lämpligt, bland annat eftersom antalet bra varumärken ansågs vara relativt begränsat.[171] Ljungman har dock, enligt min mening mycket träf-

166. Se närmare nedan s 253 ff.
167. Promemorian s 1, citerad i SOU 1958: 10 s 255.
168. Ladas, a a s 1084.
169. Se ex Callman, vol 3 s 801 ff, McCarthy, vol 2 s 121 ff.
170. Se om utvecklingen SOU 1958: 10 s 123 f, Eberstein, Om skydd för individualiteten s 51 ff, Knoph, a a s 432 f, Koktvedgaard, a a s 207.

fande, påpekat att det antagligen bara är ont om sådana märken som genom sin fyndighet i det närmaste inarbetar sig själva.[172]

I engelsk praxis konstaterades redan före sekelskiftet att kravet på varuslagslikhet i alltför hög grad begränsade skyddet i sådana fall där det äldre märket var synnerligen välkänt. I praxis utsträcktes därför skyddet för sådana märken även till vissa andra varuslag än de för vilka märket använts, även om detta knappast ens erkändes i domsmotiveringarna.[173] Därmed hade embryot till den så kallade Kodakregeln uppkommit. Motsvarande utveckling skedde senare även i tysk rätt.[174] I svensk varumärkesrätt infördes däremot Kodakregeln först i och med tillkomsten av vår nuvarande varumärkeslag.[175] Särskilt välkända firmor kunde emellertid redan tidigare erhålla ett vidsträcktare skydd.[176]

Som motiv för ett utvidgat skydd för välkända märken brukar följande skäl anföras:[177]

1. Likhet med ett välkänt märke kan leda till vilseledanden om de kännetecknade varornas kommersiella ursprung även i de fall där märkena ej kännetecknar varor av samma eller liknande slag. Åtminstone kan det finnas risk för att konsumenterna tror att det föreligger något ekonomiskt samband mellan de två varumärkesinnehavarna, d v s att förväxlingar i vidare mening kan uppkomma. Denna uppfattning var en starkt bidragande orsak till utgången i det engelska rättsfall som givit regeln dess namn.[178]

---

171. SOU 1958: 10 s 123, Heiding, Sv vm-rätt s 48, Koktvedgaard, a a s 208 f, Tiili, a a s 250 f.
172. Ljungman i diskussionen vid sjunde nordiska mötet för industriellt rättsskydd, NIR 1952 s 45.
173. Se Eastman Materials Co v. John Griffiths Cycle Corp Ltd, 15 RPC 104 (1898), det avgörande som givit regeln dess namn. Där ansågs användningen av varumärket KODAK för cyklar utgöra intrång i rätten till varumärket KODAK för fotoartiklar m m.
174. De första rättsfallen är JW 1924 s 722 (4711) och 25 MuW s 264 (1925/1926, ODOL).
175. SOU 1958: 10 s 133 f. Se om det tidigare rättsläget i Norden, Kobbernagel, Kodakdoktrinen, NIR 1951 s 73 ff, och diskussionen vid sjunde nordiska mötet för industriellt rättsskydd 1951, återgiven i NIR 1952 s 33 ff.
176. Se RÅ 1940 H 71 (= NIR 1941 s 85), FYFFES.
177. SOU 1958: 10 s 134 f, prop 1960: 167 s 77 samt ex Kobbernagel, a a s 75 ff, Ladas, a a s 1087 f.
178. Se not 173 ovan.

2. Användningen av ett identiskt eller liknande kännetecken för andra produkter kan medföra att det kända märkets distinktivitet och reklamvärde minskar, särskilt om sistnämnda märke framstår som ett kvalitetsmärke. Detta var den främsta grunden till de första tyska avgörandena.
3. Användningen av ett liknande märke för andra produkter kan medföra ett otillbörligt utnyttjande av det kända märkets goodwill och ge upphov till en otillbörlig vinst.

Av dessa motiv tar p 1 sikte på varumärkets för konsumenterna så viktiga särskiljningsfunktion medan p 2 och 3 främst skyddar den goodwill ett varumärke kan vara bärare av. Alla tre omständigheterna åberopas i förarbetena till VmL som skäl för införandet av Kodakregeln i svensk rätt. Punkt 1 tycks dock ha tillmätts störst betydelse.[179] Som påpekats i litteraturen[180] är de nämnda grunderna desamma som de som brukar åberopas för att överhuvudtaget ha något varumärkesskydd. Närmare besett framstår också Kodakregeln som ett nödvändigt undantag från kravet på varuslagslikhet som betingas av att detta i många fall kan medföra att varumärkesskyddet blir för snävt med tanke på varumärkets funktioner.

I det följande skall först diskuteras vilka omständigheter som kan ha betydelse för uppkomsten av faktiska förväxlingar. Därefter analyseras varuslagslikhetsbedömningen i praxis och till sist behandlas i vilken mån kravet på varuslagslikhet kan medföra att ett märke som faktiskt är förväxlingsbart ändå kan användas.

4.3.3.2 Varuslagslikhetens, välkändhetens och andra omständigheters betydelse för uppkomsten av faktiska förväxlingar

För att användningen av ett identiskt eller liknande varukännetecken skall kunna orsaka faktiska förväxlingar krävs uppenbarligen att samma person kan stöta på bägge kännetecknen. Är detta ej möjligt är förväxlingar teoretiskt uteslutna. Mer generellt betyder detta att förväxlingar blir mer sannolika, desto vanligare det är

179. SOU 1958: 10 s 134 f, 137, prop 1960: 167 s 77.
180. Bergström, Kodakdoktrinen i gällande svensk rätt, NIR 1975 s 168.

att samma personer kommer i kontakt med bägge kännetecknen. Både omfattningen av ett kännetecken användning och den bland annat därav beroende kännedomen om märket har därför stor betydelse för uppkomsten av faktiska förväxlingar.

Varuslagslikhet utgör däremot inte på motsvarande sätt någon absolut förutsättning för uppkomsten av faktiska förväxlingar. Mot bakgrund av VmL:s syfte hade det därför varit naturligt, om uppställandet av varuslagslikhet som förutsättning för att förväxling i varumärkesrättslig mening skall anses föreligga hade föregåtts av en undersökning om vilka omständigheter som påverkar risken för faktiska förväxlingar. Någon sådan synes dock varken i detta sammanhang eller senare ha företagits.

Från något andra utgångspunkter diskuterade däremot varumärkes- och firmautredningen huruvida vad man kallade "firmamärken", det vill säga varumärken som var identiska med en firma eller firmadominant, borde tillerkännas ett vidsträcktare skydd än "varubenämningar", det vill säga sådana märken som numera brukar benämnas "product marks".[181] Utredningen ansåg emellertid detta olämpligt, eftersom man fann att en sådan regel i hög grad skulle komplicera varumärkeslagen och göra varumärkesrätten svåröverskådlig.

Förväxlingar kan naturligtvis uppkomma på en mängd olika sätt. Ett vanligt typfall är att en person bestämt sig för att köpa en vara av visst slag och märke. På grund av förekomsten av ett liknande märke råkar han emellertid köpa en vara av ett annat märke. Förekomsten av ett liknande märke kan på motsvarande sätt även medföra att konsumenten hänför viss information till fel vara. I båda dessa fall kommer förväxlingarna att ske mellan märken som kännetecknar varor av samma slag.

En annan förväxlingssituation är följande: En person avser att köpa en vara av viss typ, men han vet inte vilka märken som finns. Vid läsning av annonser eller vid besök i en affär finner han att en variant av varutypen kännetecknas av ett märke han tror sig känna till från en annan varutyp. I verkligheten är det dock fråga om ett annat förväxlingsbart märke.

Enligt det antagande som ligger till grund för VmL:s regler

181. SOU 1958: 10 s 185 ff.

kommer konsumenten i det sistnämnda exemplet bara att förväxla märkena om den vara han avser att inköpa och den vara han vet att det av honom kända märket används för är av samma eller liknande slag. Undantag gäller bara om det ifrågavarande märket är synnerligen känt. Hur ofta antagandet överensstämmer med konsumentens uppfattning beror naturligtvis till stor del på när varor anses vara av liknande slag i VmL:s mening. Detta kommer att analyseras nedan. Uppenbart är att ju större vikt som fästs vid konsumenternas uppfattning, desto mindre är möjligheten för en diskrepans mellan VmL:s regler och konsumenternas uppfattning.[182] Enligt det ovan på s 244 citerade uttalandet från PRV:s promemoria om varuslagslikhet skall också konsumenternas uppfattning i sista hand vara avgörande. Uttalandet innebär dock inte att denna uppfattning ensam är bestämmande. Kravet på varuslagslikhet skulle ju då bli helt innehållslöst. Konsumenternas uppfattning skall däremot vara utslagsgivande i de situationer då det enligt gängse lagtolkning är tveksamt om varorna kan anses vara av liknande slag. Oavsett om faktiska förväxlingar förekommer eller inte kan dock varuslagslikhet inte föreligger mellan till exempel bilar och skönhetsmedel.

Det är emellertid lätt att föreställa sig att förväxlingar kan uppkomma även om varken varuslagslikhet är för handen eller det äldre märket är så välkänt att Kodak-regeln kan tillämpas. Som belysning kan ett avgörande av besvärsavdelningen rörande varumärket DUETT användas.[183]

En näringsidkare ansökte om registrering av varumärket DUETT för handelsgödselspridare. Volvo, som var innehavare av varumärket DUETT för bilar, gjorde invändning. Besvärsavdelningen fann emellertid att DUETT för handelsgödselspridare ej var förväxlingsbart med DUETT för bilar, eftersom varorna ej var av liknande slag.

Huruvida DUETT använts som varumärke för handelsgödselspridare och om några faktiska förväxlingar förekommit framgår inte av avgörandet. Det är också osäkert om några faktiska förväxlingar skulle ha uppkommit om båda märkena använts parallellt.

182. Heiding, Sv vm-rätt s 47 f, Knoph, a a s 450.
183. Besvärsavdelningen 11/67.

Om vi nu tänker oss att sökanden istället försökt registrera ordet VOLVO för handelsgödselspridare hade däremot ansökan med säkerhet avslagits, eftersom märket ansetts förväxlingsbart med varumärket VOLVO för bilar. Utgången hade blivit densamma oavsett vilka varor förutom bilar VOLVO varit registrerat för, eftersom VOLVO uppenbarligen är ett Kodakmärke. Om båda märkena använts parallellt torde också förväxlingar ha varit legio.

Vad är det då som orsakar att förväxlingar med säkerhet skulle ha uppkommit om båda varumärkena varit VOLVO, medan det är osäkert om parallell användning av varumärket DUETT skulle ha medfört några sådana. Ja, anledningen kan naturligtvis vara den som varumärkeslagen utgår ifrån, nämligen att VOLVO är mer känt än DUETT. På 1960-talet, då fallet avgjordes, var dock även DUETT mycket välkänt. Hur många som känner till ett kännetecken torde också svårligen påverka en enskild persons uppfattning. Antingen känner denne till märket eller gör han det inte. Uppfattar han sig känna till märket väl beror det troligen på att han även vet vem som är dess innehavare, omfattningen av dennes rörelse och så vidare, inte att han tror att många andra personer också känner till märket.

Teoretiskt finns också en annan, och enligt min mening, minst lika trolig förklaring till varför förväxlingar oftare skulle uppkomma vid parallell användning av varumärket VOLVO än vid parallell användning av varumärket DUETT. Folk som känner till sistnämnda märke vet i allmänhet också att det i kombinationen VOLVO DUETT används som "product mark" för en viss typ av bil från VOLVO, nämligen en skåpbil. Ordet DUETT används alltså dels för att ange att bilen har ett visst kommersiellt ursprung, dels för att särskilja den från andra typer av bilar från VOLVO. DUETT har således en dubbel särskiljningsfunktion.[184] Det är därför ej troligt att DUETT skulle användas för någon annan typ av varor än just skåpbilar. VOLVO däremot är ett "house mark" som används för ett flertal olika typer av produkter och det är därför ej otroligt att VOLVO också skulle tillverka och/eller sälja gödselspridare under detta märke.

184. Se härom ovan s 34 f.

Det kan naturligtvis hävdas att det förefaller osannolikt att konsumenterna analyserar ett kännetecknens särskiljningsfunktion på ovanstående sätt. Säkerligen gör de heller inte medvetet det. Det förefaller emellertid än mer osannolikt att "product marks" dubbla särskiljningsfunktion inte skulle ha någon betydelse alls för konsumenternas uppfattning av dem.

Ovanstående resonemang leder fram till att "house marks" är i behov av ett vidsträcktare skydd än "product marks". Särskilt gäller naturligtvis detta "house marks" som tillhör företag som är kända för en diversifierad tillverkning och där alltså märket kännetecknar ett stort antal olika produkter.[185] Även många distributörsmärken ("private brands") används för ett stort antal olika produkter och är därför i behov av ett vidsträckt skydd. Det är inte utan att man får ett visst intryck av att lagstiftaren vid uppställande av kravet på varuslagslikhet främst haft "product marks" i tankarna.

I litteraturen har även från andra utgångspunkter ifrågasatts om konsumenterna verkligen blir mer benägna att begå förväxlingar när det är fråga om starkt inarbetade märken än när det är fråga om andra sådana.[186] Det kan ju istället förhålla sig så att konsumenterna även känner till den verksamhet innehavarna av starkt inarbetade kännetecken driver så väl, att man vet vilka typer av varor de tillverkar och/eller säljer. Behovet av att ett märke får skydd även för andra typer av varor än de märket faktiskt används för skulle då vara större när märket visserligen är känt men däremot inte dess innehavare eller omfattningen av dennes verksamhet.

En annan omständighet som torde ha betydelse för förväxlingsrisken är de inblandade märkenas originalitet. Om två identiska mer originella varumärken kännetecknar helt olika typer av varor torde det vara vanligare att konsumenterna får uppfattningen att varorna har samma kommersiella ursprung än om märkena är mer alldagliga. I det förra fallet kan det nämligen oftare förefalla

185. McCarthy, vol 2 s 141 f.
186. Völp, Kritische Bemerkungen zur Verwechslungsgefahr, GRUR 1974 s 758.

mer sannolikt att samma företag marknadsför bägge varorna än att två olika företag råkar ha identiska varumärken. Särskilt gäller detta om likheten inte bara omfattar själva varumärkena utan också andra förhållanden som t ex märkenas placering på varorna, den image reklam m m ger varorna, att dessa vänder sig till samma slag av köpare m m.[187]

Ytterligare en omständighet som ökar risken för faktiska förväxlingar är om varorna säljs i samma affär eller på samma eller intilliggande avdelningar i varuhus. En orsak härtill är att sannolikheten för att konsumenterna då inom kort skall stöta på bägge märkena ökar. Vidare har ju konsumenten då just fått ett bevis för att det förekommer att en näringsidkare handlar med bägge varuslagen. Ser konsumenten i samma butik två varor med som han uppfattar samma varumärke[188] utgår han därför rimligen normalt från att varorna har samma kommersiella ursprung. Även i denna situation förhöjs sannolikheten för förväxlingar av om märkenas placeringar, typsnitt, färg m m också överensstämmer. Förväxlingar kan därför i till exempel en större livsmedelsaffär med brett sortiment ske mellan märken som kännetecknar tvålar, färger, verktyg och plastartiklar, på bensinstationer ske mellan märken som kännetecknar bensin, verktyg och bildäck och i modeaffärer ske mellan märken som kännetecknar kläder, parfymer och toiletteartiklar.

Här diskuterade aspekt torde under senare tid ha blivit allt viktigare allteftersom butikssortimentet inom dagligvaruhandeln breddats.[189] Sortimenten begränsas inte längre bara av varornas användningsområden, utan även av konsumenternas inköpsfrekvens. Det finns emellertid även de som hävdar att denna utveckling har lärt konsumenterna att det är vanligt att varor som kännetecknas av samma varumärke har olika ursprung trots att de säljs i samma affärer.[190]

Som redan antytts kan vidare likhet mellan de kännetecknade

187. Callman, vol 3 s 807.
188. Härför torde krävas en ganska stor märkeslikhet, eftersom konsumenterna ser de båda märkena inom en ganska kort tidsrymd.
189. SOU 1975: 69 s 333 ff.
190. Baumbach-Hefermehl II, § 5 anm 86, Bussman, Die Festlegung der Wahrengleichartigkeitsgrenzen, GRUR 1968 s 501.

varornas image ha betydelse för uppkomsten av faktiska förväxlingar. Märken för till exempel kläder respektive parfymer och liknande toilettevaror kan därför lätt förväxlas.[191]

Även varornas prisklass torde ha viss betydelse. Det torde sålunda vara vanligare att konsumenterna tror att två exklusiva varor säljs under samma varumärke än att en kvalitetsvara och en vara av sämre kvalitet gör det.[192]

De mycket stränga regler som i Sverige gäller för marknadsföring av tobaks- och alkoholvaror har givit upphov till en i detta sammanhang intressant typ av reklam som tydligt visar att flera näringsidkare inom tobaks- och alkoholbranscherna räknar med att en på visst sätt utformad reklam för varor av helt andra slag än tobak, vin och sprit kan ha positiva effekter även för dessa varor. Enligt marknadsdomstolens praxis[193] och numera även enligt 2 § i lagen med vissa bestämmelser om marknadsföring av tobaksvaror råder förbud att använda levande personer och naturliga miljöer i tobaksreklam. Än strängare regler råder för alkoholreklam. Enligt 2 §, 2 st lagen med vissa bestämmelser om marknadsföring av alkoholdrycker är i stort sett all reklam för sådana drycker förbjuden. Vissa näringsidkare har därför börjat marknadsföra andra produkter, t ex kläder, under varumärken som tidigare endast använts för tobaks- och alkoholvaror. Näringsidkarna räknar uppenbarligen med att konsumenterna skall förknippa varumärkena med tobaks- och alkoholvaror även när de inte används för sådana.

Sammanfattningsvis gäller att både märkeslikhet och möjlighet för konsumenterna att komma i kontakt med bägge märkena är absoluta förutsättningar för uppkomsten av faktiska förväxlingar. Varuslagslikhet utgör däremot inte någon sådan omständighet.

---

191. I amerikansk rätt har t ex VERA för kosmetika ansetts förväxlingsbart med VERA för damkläder, Vera Inc v. Todo Imports Ltd, 544 F2d 1167 (1976), BRUTUS för herrkläder med BRUT för rakvatten o dyl för herrar, Faberge Inc v. Madison Shirt Corp, 192 USPQ 223 (1976) och LEVI's också för toiletteprodukter för herrar med LEVI's för kläder, Re Arthur Holland Inc, 192 USPQ 494 (1976).
192. SOU 1958: 10 s 257.
193. Se MD 1971: 3 (= PKF 1971: 10 s 102), KENT, MD 1971: 4 (= PKF 1971: 10 s 107), MARLBORO, MD 1971: 5 (= PKF 1971: 10 s 112), MINDEN, MD 1972: 1 (= PKF 1972: 3 s 142), PRINCE, MD 1973: 6 (= PKF 1973: 5 s 110), L & M, det avgörande där den angivna principen stadfästes, samt MD 1973: 17 (= PKF 1973: 7—8 s 142), PRINCE.

Istället är graden av varuslagslikhet, liksom omfattningen av allmänhetens kännedom om märkena, märkenas typ och den särskiljningsfunktion de fyller ("house mark", "product mark", "private brand"), graden av originalitet hos märkena, märkenas placering på varorna, vilka butiker de aktuella varorna säljs i, likheten mellan varornas image och prisklass med mera, endast omständigheter som påverkar sannolikheten för att förväxlingar skall inträffa och i så fall hur många de kan tänkas bli. Varuslagslikheten torde dock ha särskild stor betydelse härför, eftersom de flesta förväxlingar kan antas ske i situationer där konsumenten bara intresserar sig för en enda varutyp.

För att i största möjliga grad förhindra registrering av märken vars användning kan medföra faktiska förväxlingar skulle följaktligen hänsyn behöva tas till samtliga ovan nämnda omständigheter. Att vid registreringsprövningen göra detta är emellertid omöjligt. För det första är i flera fall faktisk användning av båda de inblandade märkena en förutsättning för att önskad information skall kunna erhållas. Denna förutsättning är normalt inte uppfylld. I dessa fall kan å andra sidan några faktiska förväxlingar inte heller inträffa. För det andra skulle registreringsförfarandet bli så komplicerat, d v s tidsödande och dyrbart, att många näringsidkare antagligen skulle dra sig för att registrera sina märken.

Att överge kravet på varuslagslikhet annat än när det är fråga om särskilt välkända märken, en omständighet som är jämförelsevis lätt att visa, torde därför inte annat än möjligen undantagsvis[194] vara lämpligt vid den i registreringsförfarandet ingående förväxlingsbedömningen. Ovanstående torde emellertid visa att det är ett väsentligt konsumentintresse att kravet på varuslagslikhet tolkas extensivt.

4.3.3.3 Varuslagslikhetsbedömningen i praxis

4.3.3.3.1 Varuslagslikhet på grund av likhet mellan varornas sammansättningar, användningsområden eller ändamål

I enlighet med vad som uttalats i förarbeten och praxis ligger en

194. Se nedan s 275 ff.

1949 inom PRV upprättad promemoria till grund för den administrativa varuslagslikhetsbedömningen.[195] Innehållet i denna är dock inte på något sätt rättsligt bindande. Enligt promemorian anses varuslagslikhet

"först och främst föreligga på grund av varornas likhet i sammansättning eller på grund av likhet i varornas användningsområde eller ändamål. Hänsyn måste tagas till sättet för varornas tillhandahållande o s v. Det är ej nödvändigt, att varorna som sådana kunna förväxlas. I sista hand har man att fråga sig, om sådan beröring mellan varuslagen föreligger, att köparna, därest det gäller identiska eller förväxlingsbara varumärken, kunna antas få den uppfattningen, att varorna härstamma från ett och samma företag. Härvid får ej uttrycket företag fattas så snävt, att det blir liktydigt med tillverkare."[196]

I promemorian sägs således att varuslagslikhetsbedömningen skall utgå från omsättningskretsens uppfattning och att syftet med förväxlingsreglerna är att motverka vilseledanden om de inblandade varornas kommersiella ursprung.[197] Som redan framhållits[198] betyder dock inte detta att förväxling nödvändigtvis föreligger så snart konsumenterna tror att märkena kännetecknar samma kommersiella ursprung.

Kravet på varuslagslikhet ges en liknande tolkning även i andra rättsordningar. I tysk rätt läggs således följande uttalande av Bundesgerichtshof till grund för varuslagslikhetsbedömningen:[199]

"Waren sind zeichenrechtlich als gleichartig anzusehen, wenn innerhalb der beteiligten Verkehrskreise der Durchschnittsabnehmer bei gleichen Zeichen (bei denen normale Kennzeichnungskrafft zu unterstellen ist) annehmen würde, die Waren entstammen derselben Her-

195. SOU 1958: 10 s 256, Carlman, a a s 289, Heiding, Sv vm-rätt, s 48. I praxis har detta flera gånger framhållits, se ex RÅ 1971 H 79 och besvärsavdelningen 42/69.
196. Promemorian s 1, citerad i SOU 1958: 10 s 255.
197. Med denna principiella utgångspunkt är det självklart att en precisering av varuförteckningen av typ "och sådana varor såvitt de ingår i klass xx" endast kan innebära ett förtydligande av vilka varor märket är registrerat för, men att detta däremot inte kan medföra att varor utanför klass xx inte kan anses likartade med de för vilka registreringen gäller. Se det norska avgörandet NIR 1973 s 327.
198. Se ovan s 248.
199. BGH i GRUR 1968 s 550, Poropan.

kunftsstätte. Die hiernach massgebende Verkehrsauffassung bildet sich regelmäßig anhand verschiedener tatsächlicher Umstände, vor allem danach, ob beide Waren regelmässig von denselben Unternehmen hergestellt werden; daneben können auch die stoffliche Beschaffenheit und der Verwendungszweck der Waren sowie der Umstand von Bedeutung sein, daß beide in demselben Verkaufsstätten angeboten werden."

Detta uttalande betonar mer än tidigare betydelsen av omsättningskretsens uppfattning och att hänsyn, i likhet med vad som gäller i svensk rätt, även skall tas till sådana omständigheter som inte direkt sammanhänger med själva varan.[200] Till skillnad från hos oss har däremot märkeslikheten ingen betydelse för bedömningen av varuslagslikheten,[201] utan man utgår vid bedömningen av denna alltid ifrån att varumärkena är identiska.[202] Inte heller anses omfattningen av kännedomen om det äldre märket ha någon betydelse för varuslagslikhetsbedömningen.[203]

Varuslagslikheten bedöms således betydligt mer isolerat än i svensk rätt. Om två varuslag är lika så är de i princip det i alla situationer. Tidigare praxis får därmed mycket stor vikt. Ett tecken på detta är att det utges en bok som innehåller en fullständig förteckning över utgången av varuslagslikhetsbedömningen i alla de avgöranden där någon sådan förekommit.[204] Resultatet av det sagda blir att varuslagslikhetsbedömningen enligt svenskt synsätt blir ganska stel.

I amerikansk rätt finns som redan omtalats inte något formellt krav på varuslagslikhet, utan varumärkesskyddet omfattar i varu-

200. Tidigare formel löd:
"Die zu vergleichenden Waren sind gleichartig, wenn sie sind technisch und wirtschaftlich nach Beschaffenheit und Verwendungszweck, nach Art und Ort der Herstellung sowie nach dem Ort ihres regelmäßigen Vertriebs so nahekommen, daß aus verwechselbaren Zeichen im Verkehr auf dieselbe Ursprungsstätte geschlossen werde."
Se Woesler, Warengleichartigkeit, GRUR 1971 s 287.

201. BGH i GRUR 1956 s 172, Magirus och GRUR 1959 s 25, Triumph, Baumbach-Hefermehl II, 5 § anm 77, Busse, 5 § anm 31, Bussman, a a s 499, Hubmann, a a s 206. Såvitt gäller förväxlingar mellan kännetecken som är skyddade som "Ausstattung" förordar dock Waibel, a a s 166, en produktregel.

202. Bussman, a a s 500.

203. Busse, 5 § anm 31, Woesler, a a s 295, båda med hänvisningar till praxis.

204. Richter, Warengleichartigkeit. Sammlung der Spruchpraxis des Reichspatentamts, des Deutschen Patentamts, des Bundespatentgerichte und des Bundesgerichthofes sowie weiterer Gerichte.

hänseende alla varor och tjänster för vilka användningen av ett identiskt eller förväxlingsbart varumärke kan ge upphov till uppfattningen att varorna har samma kommersiella ursprung.[205] Om så är fallet brukar varorna betecknas som "related".[206] Konsumenternas tänkta uppfattning läggs alltså direkt till grund för avgörandet av om förväxling föreligger. När det i ett konkret fall gäller att avgöra huruvida två märken är förväxlingsbara finns dock ofta inte någon bevisning om konsumenternas uppfattning, utan avgörandet får då ske mot bakgrund av de omständigheter som ovan på s 210 f angetts ha betydelse för förväxlingsbedömningen i sin helhet.

I svensk rätt är som nämnts varornas likhet i sammansättning en av utgångspunkterna för varuslagslikhetsbedömningen. Varor som är tillverkade av samma material anses därför ofta likartade. Som exempel kan nämnas att engångsgummihandskar avsedda för gynekologiska undersökningar ansetts likartade med gummihandskar för flaskpåfyllning[207] och industriprodukter av aluminium med plåtvaror i allmänhet.[208] Regeln gäller dock inte undantagslöst, framför allt inte när det är fråga om varor som består av vanliga material. Alla varor som i huvudsak består av plåt och stål anses således inte likartade, till exempel inte bilar och handelsgödselspridare.[209]

Ofta kan emellertid rent tekniska likheter i varors uppbyggnad och sammansättning vara okända för omsättningskretsen. I linje med principen att allmänhetens uppfattning skall vara avgörande blir i sådana fall dessa likheter av underordnad betydelse.[210]

Den andra utgångspunkten för varuslagslikhetsbedömningen som nämns i PRV:s promemoria är likhet mellan varornas användningsområden eller ändamål. Varor avsedda för praktiskt taget samma ändamål anses lika och detta gäller regelmässigt också för varor som har närliggande användningsområden.[211] Promemo-

205. McCarthy, vol 2 s 123 f.
206. A a s 121, 131.
207. RÅ 1972 H 42 (TRIFLEX = TRELLFLEX).
208. RÅ 1972 H 85 (SCANDOOR = SCAN).
209. Besvärsavdelningen 11/67.
210. SOU 1958: 10 s 254.
211. Promemorian s 2 med många exempel.

rian anger även fyra särskilda regler som tar sikte på mer speciella situationer. För det första föreligger ofta likhet mellan en råvara eller ett halvfabrikat å ena sidan och den färdiga produkten å den andra. Avgörande är dels hur stor skillnaden i bearbetning är, dels vilken vikt omsättningskretsen fäster vid vilka råvaror eller halvfabrikat som ingår i den färdiga produkten.[212] För det andra anses sådana delar och tillbehör till en vara som uppfattas som osjälvständiga som likartade med huvudföremålet.[213] För det tredje bedöms varor som endast är avsedda att användas tillsammans med en viss annan vara som likartad med denna[214] och slutligen anges att en del varor som används för praktiskt taget motsatta ändamål som regel bör anses likartade.[215]

Promemorian avslutas med en uppräkning av ett antal varugrupper inom vilka de olika produkterna normalt anses likartade.[216] Dessa grupper är:

1. Livsmedel[217]
2. dryckesvaror[218]

---

212. Promemorian s 3 med många exempel. Från praxis exempelvis RÅ 1971 H 79, garn = strumpor och RÅ 1971 H 81, plast = plastprodukter. I det danska intrångsavgörandet NIR 1976 s 148 ansågs däremot, något förvånande varuslagslikhet inte föreligga mellan en viss typ av sockerkaka å ena sidan och korn, mjöl samt produkter därav å den andra trots att märkena var identiska.
213. Promemorian s 4 med exempel. Från praxis kan nämnas RÅ 1968 H 35 (= NIR 1970 s 213), skrivmaskiner = färgband.
214. Promemorian s 4 med exempel. Från praxis ex RÅ 1966 H 20 (= NIR 1967 s 136), cigarrer = askfat, cigarrettändare, cigarrstoppare m fl artiklar för rökare. (Som kuriositet kan här nämnas att i äldre praxis cigarretter ≠ cigarrer, RÅ 1913 Ju 67). Däremot anses t ex ej drivmedel och den maskin detta är avsett för som likartade. Undantag bör dock gälla om drivmedlet bara kan användas till en viss typ av maskin.
215. Promemorian s 5 med exempel.
216. A a s 5 ff där ett flertal exempel ges för varje grupp.
217. RÅ 1974 A 1002, bl a kött, fisk, frukt och grönsaker = margarin, olika typer av konfektyrer och godis, majsmjöl samt, naturligtvis, fisk- och köttkonserver, RÅ 1974 A 1003, bl a mjöl och näringspreparat av säd, bröd, kex m m = choklad och konfektyrvaror. I RÅ 1977 Ab 483 ansågs även djurmat = mat för människor. I äldre praxis, RÅ 1939 H 61 (= NIR 1939 s 119), dock glass ≠ konfektyrer.
218. RÅ 1972 H 68, rom = sodavatten m m (HAVANNA CLUB resp CLUB SODA m fl), dock även RÅ 1967 s 32 (= NIR 1968 s 240), vin ≠ whisky (VALENTINE resp BALLANTINE'S). Kritisk häremot, Uggla, a a s 386 f. Det kan nämnas att vin inte heller i tysk praxis anses likartat med sprit. Detta framstår dock som ett undantag motiverat av att man inte ville ändra fast praxis.

3. kosmetiska medel och skönhetsmedel[219]
4. läkemedel och farmaceutiska preparat[220]
5. toiletteartiklar (ej kemisk-tekniska)
6. artiklar för kroppsvård (ibland likartade)
7. puts-, poler- och rengöringsmedel
8. målnings- och målarutensilier
9. beklädnadsvaror[221]
10. sportartiklar
11. transport- och samfärdsmedel[222]
12. möbler
13. textila heminredningsartiklar[223]
14. tryckalster[224]
15. skriv- och ritmaterial
16. kontorsartiklar[225]
17. byggnadsmaterial[226]
18. armatur och aggregat för värme-, vatten-, bad- och sanitetsanläggningar
19. enklare metallvaror
20. verktyg

---

219. Dock RÅ 1970 H 22, kosmetika och toiletteartiklar utan medicinsk verkan ≠ farmaceutiska medel (VANDA resp VALDA). Carlman, a a s 237 anser detta överraskande.
220. Besvärsavdelningen 102/74, produkter för havandeskapstest = könskörtelhormon. Däremot har bara viss likhet ansetts föreligga mellan "vidhäftande medel i form av flytande plastförband för medicinskt ändamål" och "absorberbart puder och pulver för medicinska och farmaceutiska ändamål", RÅ 1969 H 34 (= NIR 1969 s 440), BIOBOND ≠ BIO-SORB. Carlman, a a s 237, anser klar varuslagslikhet föreligga. Se dock även besvärsavdelningen 18/73, medicinska tuggtabletter ≠ redskap och material för rengöring av tänder, (STIMU-BITS resp STIMU-DENTS).
221. Besvärsavdelningen 42/69, underkläder = skor (BALI resp BALLY), RÅ 1974 A 1911, skor = kläder (FIXLOOPERS resp FIX), RÅ 1977 Ab 378, byxor = strumpor, tröjor m m. Se också det danska avgörandet NIR 1967 s 110, damstrumpor = underkläder. I Finland ansågs däremot i ett avgörande rörande varumärkena SKY BALI och BALLY bysthållare ≠ skor, NIR 1971 s 434. I ett tidigare avgörande ansågs dock skor = strumpor, NIR 1967 s 323.
222. Se nedan s 261.
223. Däremot besvärsavdelningen 71/73, överkast för sängar och bord ≠ speglar och varor av rotting, (MOBILIA i figur resp MOBIL).
224. Däremot RÅ 1972 s 66 (= NIR 1973 s 348), grammofonskivor ≠ tryckalster (THE LION för båda). Besvärsavdelningen ansåg varuslagslikhet föreligga. Carlman, a a s 262 anser att det är fråga om ett tveksamt fall. Att faktiska förväxlingar skulle kunna uppkomma förefaller inte otroligt.
225. Besvärsavdelningen 86/72, kontorsklister = kulspetspennor (BIX resp BIC).
226. RÅ 1974 A 97, väggbeklädnader i plast = väggbeklädnader i textil (VÄGGOLON resp VOGUELON).

21. maskiner (ej elektriska) som tillhör samma verksamhetsområde[227]
22. elektriska maskiner, verktyg, instrument och apparater samt övrig elektrisk materiel inom samma verksamhetsområde[228]
23. åkerbruks- och trädgårdsredskap
24. jaktredskap
25. fiskredskap
26. läkarinstrument och -redskap
27. fysikaliska instrument
28. musikinstrument
29. telegraf- och telefonapparater
30. leksaker
31. personliga prydnadsartiklar

Mellan ovanstående varuslagsgrupper finns givetvis inte några vattentäta skott, utan många varor kan tillhöra mer än en grupp. I enlighet härmed anses i praxis varuslagslikhet även kunna föreligga mellan varor som tillhör olika grupper.[229] En genomgång av praxis visar emellertid att de i promemorian angivna riktlinjerna i mycket stor utsträckning följs i praxis.[230]

Promemorian bygger på tanken att varuslagslikhet föreligger mellan varor av samma typ oavsett vilken nivå av teknisk utveckling de befinner sig på. Varuslagslikhet föreligger således normalt mellan elektriska produkter avsedda för hushållsbruk såsom vanliga belysningsknappar, skarvsladdar m m å ena sidan och de mest avancerade och sofistikerade strömbrytare m m enbart avsedda att användas i tekniskt komplicerade sammanhang. I ett av rege-

227. RÅ 1966 H 36 (= NIR 1967 s 467), viss doseringsapparat = mått, mål och vikter, tid-, biljett- och försäljningsautomater, RÅ 1971 H 92, pumpar = stall- och lantbruksredskap (SCANPUMP resp SCAN). I RÅ 1972 A 68 ansågs registrering av varumärket TRIMIX för shuntventiler för värmeledningspannor, klass 7 och 11, hindra registrering av varumärket TEAMIX för varorna material och apparater för ångalstring och ventilation samt för sanitära installationer men inte för varorna "material och apparater för kokning, kylning och torkning samt blandningsventiler för varmt och kallt vatten". I RÅ 1968 H 24 ansågs däremot konserveringsmaskiner $\neq$ maskiner och maskindelar i allmänhet (HYDROLUX resp LUX) och i besvärsavdelningen 11/67 ansågs handelsgödselspridare $\neq$ bilar (båda DUETT).
228. RÅ 1976 Ab 612, högtalare för radio- och TV samt koncertändamål = signal apparater och -instrument (SCANSOUND resp SCAN).
229. Se ex RÅ 1966 H 32 (= NIR 1968 s 239) där viss likhet ansågs föreligga mellan växtutrotningsmedel och pastiller mot förstoppning (TACOL ansågs förväxlingsbart med TAXOL).
230. Se de ovan i not 207—228 anförda avgörandena.

ringsrätten 1978 avgjort mål rörande varumärkena E-T-A och EPA framförs emellertid i ett särvotum en avvikande ståndpunkt.[231]

Ett företag ansökte om registrering av varumärket E-T-A för elektriska och elektroniska maximalströmbrytare, elektriska strömkretssäkringar för motorfordon, telefon- och telegrafanläggningar, blinkomkopplare och temperaturomkopplare, klass 9. Innehavaren av varumärket EPA, som var registrerat för samtliga varor i klass 9, gjorde invändning. Besvärsavdelningen ansåg märkena förväxlingsbara men regeringsrättens majoritet, tre regeringsråd, kom till motsatt slut, eftersom man fann det utrett att varumärket E-T-A uttalades bokstav för bokstav och registreringssökandens avnämarkrets ansågs vara särskilt noggrann vid valet av varor. Ett av de regeringsråd som ingick i majoriteten anförde till utveckling av sin talan bl a:

> "Enligt 6 § första stycket varumärkeslagen är kännetecken att anse som förväxlingsbara enligt lagen endast om de avser varor av samma eller liknande slag. De varor för vilka registrering sökts av varumärket E-T-A faller alla inom en av de varuslagsgrupper för vilka EPA registrerats som varumärke. Såvitt framgår av utredningen utgörs emellertid de varor som Ellenberger & Poensgen GmbH (= registreringssökanden, min anm) tillhandahåller i sin rörelse i allt väsentligt av varor av så speciellt slag att de inte kan tänkas föra tankarna till varor som Aktiebolaget Turitz & Co (= invändaren, min anm) tillhandahåller i sin rörelse. Varuslagslikheten kan därför sägas vara huvudsakligen formell och inte reell och någon svårighet att skilja den ene näringsidkarens varor från den andres kan inte befaras uppstå om varumärket E-T-A registreras för de varor som Ellenberger & Poensgen GmbH tillhandahåller i sin rörelse."

Uttalandet bygger uppenbarligen på tanken att varuslagslikhet inte behöver föreligga mellan vanliga konsumentvaror och tekniskt särskilt speciella varor även om de tillhör samma varugrupp. Det finns emellertid ingenting i majoritetens motivering som tyder på att den åsikt som framförs i det citerade uttalandet delades av de övriga två regeringsråd som ingick i majoriteten.

Såvitt gäller bedömningen av likhet mellan tjänster samt mellan tjänster och varor ger PRV:s promemoria ingen vägledning, eftersom servicemärken inte kunde registreras vid tiden för promemorians utarbetande. Några principer för bedömningen av likheten

231. RÅ 1978 Ab 115.

mellan tjänster anges inte heller i VmL:s förarbeten. Några hinder mot att tillämpa de i promemorian angivna riktlinjerna mutatis mutandis finns emellertid i allmänhet inte, varför detta är den mest tilltalande lösningen.

När likhet mellan en vara och en tjänst kan föreligga berörs i förarbetena endast genom att det uttalas att varuslagslikhet i vissa fall kan vara för handen.[232] Som exempel anges att tvättmedel och tvättmaskiner kan anses likartade med tvättservice. I administrativ praxis har dock frågan berörts vid ett flertal tillfällen.[233] Likhet har härvid ansetts föreligga mellan allmän och konsulterande ingenjörsverksamhet på det transporttekniska området å ena sidan och lokomotiv, motorvagnar och spårvagnar å den andra,[234] restaurangrörelse m m och olika drycker,[235] transport- och magasineringstjänster å ena sidan och diverse gjutgodsvaror avsedda för transport och magasinering å den andra,[236] tankning av flygplan och drivmedel[237] samt mellan byggnads-, installations-, underhålls- och reparationsverksamhet å ena sidan och bland annat bropelare, järnkonstruktioner, ställningar, lyftanordningar, transportanordningar och byggnadskonstruktioner å den andra.[238] Vidare kan nämnas att i norsk praxis varuslagslikhet ansetts föreligga mellan datamaskiner och tillbehör till sådana samt datamaskinstjänster.[239] Däremot har likhet inte ansetts föreligga mellan bland annat kassaskåp, låsvaror, fönsteranordningar huvudsakligen i metall för så kallade drive-in-banker, indikatorer och flikar (tungor) för öppna hyllförvarningsanordningar och möbler å ena sidan och organisationskonsultationer särskilt för modern förvaltningsteknik, utformning av ADB-program för affärsområdet samt utarbetande av handelsinformation å den andra,[240] demonstration av varor, marknadsföring, utställningsverksamhet och vakthållning å ena sidan och

232. SOU 1958: 10 s 257.
233. Se härom Carlman, När föreligger likhet mellan varor och tjänster enligt gällande varumärkeslag?, NIR 1979 s 38 ff.
234. Besvärsavdelningen 15/70, ASCA = ASEA.
235. Besvärsavdelningen 14/71, båda märkena BONANZA, besvärsavdelningen 94/75, LÅNG JOHN = LONG JOHN.
236. RÅ 1972 s 104 (= NIR 1973 s 112), SVELAST i figur = SVECAST.
237. RÅ 1974 A 324, AVITAT = AVIA.
238. Patentbesvärsrätten 90/78, MANLIFT = MAN.
239. NIR 1976 s 219.
240. RÅ 1973 A 175, bägge märkena DIEBOLD.

varor som tillhandahålls i en mynthandel å den andra[241] samt ekonomisk kreditservice och överföring av kapital å ena sidan och böcker å den andra.[242]

Av ovanstående praxis synes följa att om märkena är identiska så föreligger varuslagslikhet mellan varor och sådana tjänster i vilka det inte är osannolikt att tillhandahållandet eller användningen av dessa varor ingår. Undantag måste dock göras för sådana tjänster som normalt används vid all näringsverksamhet. Särskilt tydliga exempel är bokförings- och redovisningstjänster.[243] Om det däremot endast är möjligt att en viss vara kommer att omfattas av tjänsten ifråga men detta inte är sannolikare än att någon annan vara kommer att ingå, så föreligger inte varuslagslikhet ens vid märkesidentitet. Om märkena inte är identiska synes varuslagslikhet ändå föreligga om sannolikheten för att varan kommer att användas eller tillhandahållas i samband med tjänsten är någorlunda påtaglig. Denna ståndpunkt, vilken kommit till uttryck i de avgöranden som rör varumärkena ASCA, SVELAST och MANLIFT, är enligt Carlman alltför sträng.[244] Jag ställer mig emellertid tveksam till om denna kritik är befogad. Carlmans ståndpunkt synes nämligen innebära att en minskad märkeslikhet i de här aktuella fallen skulle kräva en proportionellt sett större ökning av varuslagslikheten för att förväxling fortfarande skall anses föreligga, än när det är fråga om två märken som båda symboliserar varor. Något skäl härtill kan jag inte finna, eftersom det redan nu är vanligt att ett och samma företag, t ex inom bil- och radio- och TV-branscherna, både säljer och hyr ut de varor företaget handlar med.

4.3.3.3.2 Betydelsen för varuslagslikhetsbedömningen av sådana omständigheter som ej direkt sammanhänger med själva varorna

Vid varuslagslikhetsbedömningen tas inte bara hänsyn till sådana omständigheter som direkt sammanhänger med varornas sammansättningar, användningsområden eller ändamål. Det tydligaste

241. Besvärsavdelningen 50/78, bägge märkena BARONEN.
242. Besvärsavdelningen 68/78, bägge märkena SIGNET.
243. Carlman, a a s 45. Denne synes emellertid anse att undantaget även omfattar betydligt mindre tydliga exempel.
244. A s 45.

exemplet härpå är den vikt märkeslikheten, som ett resultat av produktregeln, har för varuslagslikhetsbedömningen.

I PRV:s promemoria framkommer på flera ställen att man vid varuslagslikhetsbedömningen måste ta hänsyn till sättet för varornas tillhandahållande.[245] Så sker också i praxis. Som exempel kan nämnas att besvärsavdelningen har ansett klister och kulspetspennor utgöra varor av liknande slag.[246] Härvid påpekades särskilt att varorna ofta saluförs genom samma kanaler. I VALENTINE-BALLANTINE'S-målet[247] synes däremot det förhållandet att både vin och whisky framför allt tillhandahålls av Systembolaget inte ha haft någon betydelse, eftersom detta förhållande inte på något sätt berörs av regeringsrätten.

Även om den omständigheten att varorna säljs i samma butiker inte ensamt gör att varorna anses vara av samma eller liknande slag är det således en omständighet som talar för att varuslagslikhet föreligger.

Däremot är det tveksamt vilken vikt PRV och domstolarna skulle fästa vid det förhållandet att bägge varorna normalt säljs i samma varuhus eller andra butiker med mer omfattande utbud. Om varorna säljs på samma avdelningar bör detta enligt min mening ha samma vikt som om varorna säljs i samma typer av butiker. Däremot bör det givetvis inte ha någon betydelse om till exempel både skjortor och verktyg säljs på olika avdelningar i samma varuhus.

Det bör dock observeras att de mycket vida varuslagsangivelser som ofta förekommer kan göra det omöjligt för PRV och domstolarna att avgöra huruvida det är sannolikt att varorna kommer att säljas i samma butiker eller på samma varuhusavdelningar.

Ovan har framhållits att varumärken som blivit kända som symboler för flera olika typer av varor har behov av ett mer vidsträckt skydd än "product marks". I brist på vägledande uttalanden i praxis, förarbeten och litteratur är det emellertid tveksamt huruvida domstolarna är villiga att utvidga skyddsomfånget avseende

245. Promemorian s 1, 4, 5, 7, 9, SOU 1958: 10 s 255, Eberstein, a a s 68 f i anslutning till det norska avgörandet NIR 1939 s 151, Knoph, a a s 450.
246. Besvärsavdelningen 86/72, (BIX = BIC).
247. RÅ 1967 s 32 (= NIR 1968 s 240).

varuslag i de fall invändarmärket har använts för ett stort antal olika typer av varor.

Av intresse är här det redan ovan omnämnda avgörande i vilket varumärket ENCO för tekniska oljor och fetter, smörjmedel samt bränslen ansågs förväxlingsbart både med Nordiska Kompaniets registrerade figurmärke NK i en ring och dess enbart inarbetade kännetecken förkortningen NK.[246] Att likhet förelåg mellan de varor ENCO söktes registrerat för respektive NK i en ring var registrerat för var uppenbart, eftersom det senare var registrerat för alla varor och tjänster. Såvitt gäller den enbart inarbetade förkortningen NK framkom i målet att Nordiska Kompaniet även sålt varor av liknande slag som de ENCO sökts registrerat för, till exempel symaskinsolja, gasol, ved, grillkol och lacknafta. Huruvida förkortningen ansågs vara inarbetad även för dessa varor framgår däremot inte. Bedömdes märket som inarbetat saknar avgörandet intresse för varuslagslikhetsbedömningen. Om så inte var fallet kan en förklaring till målets utgång vara att kravet på likhet med de varor för vilka NK ansågs inarbetat sattes särskilt lågt. Domstolarnas motiveringar innehåller dock inga uttalanden som stödjer denna tanke. Alternativt kan också tänkas att NK ansågs som ett Kodakmärke. I domen finns emellertid inte heller några antydningar i denna riktning.

Särskilt vittgående synes varuslagslikhetsbegreppet behöva vara i sådana fall där en näringsidkare använder olika varianter av sitt "house mark" som "product marks". Som exempel på sådana varumärkesfamiljer kan nämnas KODAK, KODACOLOUR, KODACHROME m fl och NESTLÉ, NESCAFÉ, NESTEE, NESCHOKOLADE, NESTARGEL m fl. Om en näringsidkare börjar använda ett varumärke som på motsvarande sätt är uppbyggt kring den gemensamma delen i en sådan familj, torde de konsumenter som känner till varumärkesfamiljen lätt komma att tro att det är fråga om ett nytt "product mark" för en ny produkt.

Här kan nämnas att Nestlés varumärke NESTARGEL, registrerat för farmaceutiska preparat, har ansetts utgöra registreringshinder för varumärket NESERIL, också avsett för farmaceutiska preparat.[247] Av be-

248. RÅ 1972 H 51 (= NIR 1973 s 110).
249. RÅ 1968 H 41 (= NIR 1970 s 214), dock dissens 3 mot 2. Besvärsavdelningen har i ett tidigare avgörande, 76/65, ansett att NESPAK ej var förväxlingsbart med NESTLE, båda för vissa typer av förpackningar.

svärsavdelningens motivering framgår att domstolen, i sitt av regeringsrätten ej ändrade beslut, tog hänsyn till märkets uppbyggnad vid märkeslikhetsbedömningen. Eftersom fullständig varuslagslikhet förelåg hade besvärsavdelningen däremot ingen anledning att gå in på om märkets uppbyggnad också skulle påverka varuslagslikhetsbedömningen.

Frågan blir nu om domstolarna även vid varuslagslikhetsbedömningen är beredd att fästa vikt vid att det äldre märket ingår i en varumärkesfamilj. Självklart är att ett märkes uppbyggnad inte kan medföra något undantag från kravet på varuslagslikhet. Något hinder mot att ge det äldre märket ett lika vidsträckt skydd i varuslagshänseende som om märkena varit identiska finns dock ej. Det kan emellertid nämnas att även domstolarna i USA, där varumärkesfamiljer tycks vara vanligare än här, har varit ovilliga att ge dessa någon särställning såvida inte familjemärket varit mycket välkänt.[250]

Ovan har hävdats att om två varor av olika slag kännetecknas av identiska eller nästan identiska varumärken så förefaller det sannolikare att detta leder till förväxlingar om varumärkenas utseenden är påtagligt originella. Någon egentlig hänsyn till märkenas originalitet synes dock domstolarna inte ta vid varuslagslikhetsbedömningen.

Bland de övriga omständigheter som påståtts påverka risken för uppkomsten av faktiska förväxlingar är graden av likhet mellan varornas prisklass och image samt graden av likhet mellan varumärkenas logotypes, placering på varorna eller dess förpackningar m m. Vid den administrativa varuslagslikhetsbedömningen tas emellertid inte någon hänsyn till sådana likheter. I många fall skulle också detta vara omöjligt, eftersom det jämförelsematerial som krävs härför kan vara otillgängligt så länge inte båda varumärkena används, vilket ju ofta inte är fallet vid tidpunkten för de administrativa domstolarnas prövning.

4.3.3.3.3 Betydelsen av vida och generella varuslagsangivelser

Omfattningen av ett registrerat varumärkes skydd avseende varuslag är ofta betydligt större än vad märkets användning ger intryck

250. Se t ex McCarthy, vol 2 s 69 ff.

av. Även ett varumärke som bara används för en enda produkt kan vara registrerat i alla varu- och tjänsteklasser och därmed erhålla skydd för alla varor och tjänster.

Att varumärken som bara används för en enda vara är registrerade i alla klasser är givetvis extremfall. Däremot är det inte ovanligt att varumärken registreras för några andra varuslag än de för vilka märkena används.[251] Anledningen härtill kan vara att varumärkesinnehavaren tror att användningen av ett märke som är identiskt med hans eget kan skada hans märkes särskiljningsförmåga eller orsaka faktiska förväxlingar även om det identiska märket bara används för varor av andra slag än de han själv säljer, att näringsidkaren har planer på att senare börja marknadsföra alla de varor märket registrerats för eller enbart en önskan att hindra andra näringsidkare från att använda märket.

Än vanligare än att märken registreras även för vissa andra varuslag än de för vilka märkena används är, att varuslagsangivelserna är mycket vida. En näringsidkare som avser att börja marknadsföra till exempel skjortor under ett visst märke ansöker vanligen inte om att märket bara skall registreras för just skjortor, utan anger istället till exempel "kläder", "samtliga varor i klass 25" (i vilken bl a kläder ingår) eller "textilvaror" som varuslag. Skyddet kommer då att omfatta alla varor som är av liknande slag som någon av de varor registreringen omfattar. Som exempel från praxis kan nämnas att konventionella högtalare har ansetts falla under begreppet signalapparater.[252]

En näringsidkare har således stora möjligheter att i varuslagshänseende själv bestämma omfattningen av skyddet för sitt varumärke. Detta kan bli betydligt mer omfattande än vad som krävs för att hindra uppkomsten av faktiska förväxlingar, men å andra sidan kan ett skydd som bara omfattar varor som är av samma eller liknande slag som de ett märke används för vara alltför begränsat för att motverka alla förväxlingar.

---

251. Holmqvist, Koreferat i ämnet Bruksplikt for registrerte varemerker, NIR 1975 s 114 ff, dens, Varumärkeslagen och konkurrensrelationen, NIR 1977 s 354 f. Varumärkes- och firmautredningens förhoppning att införandet av klassregistrering skulle motverka detta, SOU 1958: 10 s 126, har inte infriats.
252. RÅ 1976 Ab 612, (SCAN-SOUND = SCAN).

I vad mån påverkas då möjligheten av att vidmakthålla en varumärkesregistrering som även omfattar andra varor än de märket används för av användningstvånget i 25 § VmL? Rättsläget är här osäkert, eftersom frågan aldrig ställts på sin spets i praxis. Det praktiska resultatet har därför blivit att användningstvånget inte lagt några hinder i vägen för att hålla sådana registreringar vid liv under obegränsad tid. I förarbetena uttalas också att användningstvånget skall anses uppfyllt så snart ett märke överhuvudtaget använts för någon vara.[253] Ordalydelsen av 25 § hindrar emellertid inte att stadgandet tillämpas strängare. Starka skäl talar också för detta, eftersom den tolkning som förordas i förarbetena i många fall medför större inskränkningar i konkurrerande näringsidkares möjligheter att skydda och använda egna varumärken än vad som krävs för att förhindra faktiska förväxlingar. Varumärkeslagen bygger ju också på den principiella inställningen att varumärkesskydd bara är befogat i den omfattning märket verkligen används.[254]

Användningstvånget bör å andra sidan inte heller tolkas så strängt som i tysk rätt. Där gäller, liksom hos oss, att en registrering kan hävas om märket inte använts under de senaste fem åren, 11 §, 1 st, 4 p WZG. Ett märkes användning tillgodoräknas emellertid bara de varor användningen omfattar. Om ett märke är registrerat även för andra varuslag kan registreringen således hävas såvitt angår dessa.[255] Även om registreringen skulle kvarstå oinskränkt kan registreringsinnehavaren inte åberopa den som registreringshinder när det är fråga om sådana varor för vilka märket inte används, 5 §, 7 st WZG.

Det tyska användningstvånget öppnar således större möjligheter att rensa ut omotiverat omfattande registreringar än det svenska. Det har dock den tungt vägande nackdelen att skydd inte alltid kan upprätthållas för alla de varuslag som krävs för att hindra faktiska förväxlingar. För att harmoniera med varumärkeslagstiftningens syfte att särskilja olika varor efter deras kommersiella ursprung bör användningstvånget utformas så att ett märkes användning tillgodoräknas alla varuslag för vilka användningen av ett

253. Prop 1960: 167 s 149.
254. SOU 1958: 10 s 179, prop 1960: 167 s 146.
255. Baumbach-Hefermehl II, § 11 anm 45.

identiskt varumärke kan orsaka faktiska förväxlingar. Vilka dessa varuslag är kan bara avgöras i det enskilda fallet. Nackdelen med denna lösning är därför att rättsläget i vissa fall kan bli något osäkert. Principiellt sett har denna ståndpunkt stora likheter med de regler som gäller i amerikansk rätt, där ett strängt användningstvång råder, men där något formellt krav på varuslagslikhet inte uppställs.

Den nu sittande varumärkesutredningen skall enligt sina direktiv[256] bland annat överväga huruvida användningstvånget skall skärpas och man torde kunna utgå ifrån att en viss skärpning också kommer att föreslås.

Mot bakgrund av det liberala användningstvång som åtminstone i praktiken råder enligt varumärkeslagen kan det ifrågasättas om inte en mer restriktiv tolkning av varuslagslikheten är befogad i sådana fall då det mothållna märket trots en längre tids registrering inte använts för de ifrågavarande produkterna. I praxis har man emellertid tagit avstånd från denna tanke,[257] vilket också ligger i linje med den vikt domstolarna i andra sammanhang fäst vid förekomsten av en registrering.[258]

4.3.3.4 Kodakregeln

Från kravet på varuslagslikhet finns som redan nämnts två undantag, det första, Kodakregeln, till förmån för synnerligen starkt inarbetade kännetecken och det andra, råttgiftregeln, till förmån för inarbetade märken som kännetecknar sådana varor att märkenas goodwill uppenbarligen skulle förringas genom användning av ett annat liknande kännetecken. Till skillnad från Kodakregeln syftar råttgiftregeln inte till att skydda varumärkenas särskiljningsfunktion, utan endast deras goodwill och reklamfunktion.[259] Efter-

256. Ju 1974: 10. Delar av direktiven återges i NIR 1974 s 406 ff.
257. Besvärsavdelningens utlåtande i RÅ 1974 A 325 (= NIR 1974 s 324).
258. Förekomsten av ett registrerat märke har t ex ansetts utgöra hinder för registrering av ett tidigare inarbetat märke, RÅ 1963 H 38, ENGSTRÖMS STJÄRNFODER, RÅ 1965 H 49 (= NIR 1966 s 163), PUNCH, RÅ 1971 H 87 (= NIR 1972 s 333), EMI. I norsk rätt har en giltig registrering för ett degenererat varumärke ansetts utgöra registreringshinder, NIR 1973 s 85.
259. SOU 1958: 10 s 140.

som regeln inte heller i praktiken medför något skydd för särskiljningsfunktionen kommer den ej att behandlas i det följande.

För att Kodakregeln skall vara tillämplig krävs

1. att det äldre märket är synnerligen starkt inarbetat i Sverige,
2. att det äldre märket är känt inom vida kretsar av allmänheten här i riket samt
3. att användningen av ett annat liknande kännetecken med hänsyn till ovanstående omständigheter skulle innebära ett otillbörligt utnyttjande av det äldre märkets goodwill.

Kravet att märket skall vara synnerligen starkt inarbetat innebär enligt förarbetena att praktiskt taget varje person inom den krets som normalt tar befattning med varan, vare sig i olika tillverkningsled eller handelsled eller som varans avnämare, skall känna till märket.[260] I litteraturen har dock redan kännedom hos 80—90 % av de personer som ingår i omsättningskretsen ansetts som mer än tillräckligt.[261] Klart är att den starka inarbetningen bara behöver omfatta en vara.[262]

Praxis är begränsad och det är ofta svårt att av domskälen få någon uppfattning om vilka krav domstolarna uppställt för att anse ett märke "synnerligen starkt inarbetat". Några procenttal har såvitt bekant aldrig uppställts. Regeringsrätten synes ha ansett International Harvester's figurmärke bestående av de stiliserade bokstäverna IH synnerligen starkt inarbetat[263] och detta har besvärsavdelningen även ansett ordmärkena BALLY för skor[264] och EVE för margarin[265] vara. Från norsk registreringspraxis kan nämnas att varumärket LEICA för fotoartiklar ansetts som ett Kodakmärke.[266] Detsamma gäller enligt ett intrångsmål från Göteborgs tingsrätt notoriskt även varumärket 4711 för parfymer.[267] Å andra sidan har inte varumärket KNORR för livsmedel ansetts så starkt

260. A a s 136.
261. Holmqvist, Om inarbetning av varukännetecken, NIR 1975 s 280.
262. Bergström, a a s 172.
263. RÅ 1966 s 21 (= NIR 1968 s 134).
264. Besvärsavdelningen 42/69.
265. Besvärsavdelningen 69/74.
266. NIR 1976 s 220.
267. NIR 1965 s 273.

inarbetat som krävs för att erhålla Kodakskydd.[268] Av de i tre parallella mål aktuella varumärkena ALLT I HEMMET, HUSMODERN och ÅRET RUNT, samtliga för tidskrifter, ansågs det förstnämnda uttryckligen inte utgöra något Kodakmärke,[269] medan domstolarna undvek att ta ställning såvitt gällde de två senare märkena.[270] Det bör påpekas att Kodakregeln av olika skäl inte kommit att aktualiseras i de avgöranden rörande starkt inarbetade märken som tidigare berörts i detta avsnitt, till exempel varumärkena NK, DUETT och EPA.

Med att märket skall vara "känt inom vida kretsar av allmänheten här i riket" menas att kännedomen skall vara spridd både inom olika geografiska delar av landet och inom olika yrkesgrupper och "samhällsskikt".[271] Andelen personer som skall känna till märket är däremot inte så stor. Märket behöver endast vara "känt" vilket kan jämföras med "allmänt känt" vilket krävs för inarbetning. Om det sagda "översätts" till de kännedomsgrader Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnd arbetar med, torde ett märke bara behöva vara bekant inom ca 20—25 % av allmänheten för att anses som känt.[272]

Här diskuterade rekvisit får främst betydelse för sådana märken som visserligen är synnerligen starkt inarbetade men där omsättningskretsen är begränsad.

Av särskilt intresse är det tidigare nämnda avgörandet rörande International Harvester's figurmärke.[273] Som redan omtalats torde regeringsrätten ha ansett att märket var synnerligen starkt inarbetat. Av utredningen i målet framgår bl a att International Harvester under åren 1959—1962 årligen avsänt minst 607.733 och högst 695.870 gruppkors-

268. Besvärsavdelningen 31/66.
269. RÅ 1970 H 52 (= NIR 1971 s 108).
270. RÅ 1970 H 51 (= NIR 1971 s 103) resp RÅ 1970 H 53 (= NIR 1971 s 107). I sitt utlåtande till regeringsrätten anförde dock besvärsavdelningen att ÅRET RUNT ej var något Kodakmärke.
271. SOU 1958: 10 s 136, prop 1960: 167 s 249, Bergström, a a s 172 f. Jfr för näringskännetecken SOU 1967: 35 s 190.
272. "Allmänt känd" enligt VmL = "väl känd" enligt varumärkesnämnden = 50—80 %. "Känt" enligt VmL torde därför motsvara "tämligen väl känt" enligt nämnden = 20—50 %. Se Tengelin, a a s 379.
273. RÅ 1966 s 21 (= NIR 1968 s 134). Se även RÅ 1972 s 166 (= NIR 1973 s 348) där The International Association of Lions Clubs' varumärke THE LION inte ansågs känt inom vida kretsar av allmänheten.

band till svenska jordbrukare. Dessa åtgärder torde emellertid endast ha haft betydelse för kännedomen om märket inom omsättningskretsen och regeringsrätten fann också att märket inte var känt inom vida kretsar av allmänheten.

Avgörandet visar tydligt att Kodakskydd i allmänhet är förbehållet sådana märken som på ett eller annat sätt vänder sig till konsumenterna i allmänhet. Genom kombinationen av att märket skall vara både synnerligen starkt inarbetat och känt inom vida kretsar av allmänheten uppställs således ett mycket strängt kännedomskrav.[274]

Som många gånger påpekats ger Kodakregeln inte skydd inom alla varuslag.[275] Detta följer av att förväxling endast föreligger om användningen av ett annat liknande kännetecken med hänsyn till den stora kännedomen om det äldre märket skulle innebära ett otillbörligt utnyttjande av detta märkes goodwill. Normalt torde användningen av ett kännetecken liknande ett Kodakmärke medföra ett sådant utnyttjande men detta är ej nödvändigt.[276] Besvärsavdelningen ansåg till exempel inte att det innebar ett otillbörligt utnyttjande av varumärket EVE:s goodwill att använda EVE för cigarretter.[277] Detta synes också rimligt, eftersom det måste vara svårt att utnyttja ett margarinmärkes goodwill för cigarretter.[278]

Goodwillutnyttjandet skall också vara otillbörligt. Förutsättningen är ej avsedd att utgöra något subjektivt rekvisit,[279] varför den bara torde få betydelse i vissa mer speciella situationer.[280] En sådan var det fråga om i det ovan nämnda norska LEICA-av-

274. Carlman, a a s 338. Bergströms påpekande, a a s 171 f, att det ofta ej är så svårt att uppnå så stark notoritet inom omsättningskretsen som krävs för Kodakskydd kan därför, även om det i och för sig är korrekt, lätt leda tankarna fel.
275. SOU 1958: 10 s 137, Bergström, a a s 175, Heiding, Sv vm-rätt s 50, Kobbernagel i diskussionen vid 7:e mötet för industriellt rättsskydd, NIR 1952 s 50 f. Annorlunda dock Andreasen, a a s 123.
276. Koktvedgaard, a a s 217 menar emellertid att användningen av ett kännetecken liknande ett Kodakmärke alltid innebär ett otillbörligt utnyttjande av Kodakmärkets goodwill.
277. Besvärsavdelningen 69/74.
278. Carlman, a a s 305 anser att detta är den normala tolkningen av Kodakregeln.
279. SOU 1958: 10 s 138, 258.
280. Bergström, a a s 176 f, Koktvedgaard, a a s 217.

görandet,[281] där innehavaren av Kodakmärket LEICA för bl a fotoartiklar ifrågasatte giltigheten av registreringen av LEICA för vissa fiskprodukter. Styrets annen avdelning ansåg ej att fortsatt bruk av LEICA för fisk var otillbörlig. Härvid lades vikt vid att ordet LEICA endast utgjorde en del av fiskvarumärket, att varorna var mycket olika, att LEICA var komponerat av de första bokstäverna i varumärkesinnehavarens firma, LEIrvikhamn CAnning, och att märket hade använts för fisk i 20 år.

Kodakregelns utformning medför således att det inte är möjligt att generellt närmare uttala sig om skyddets omfattning i varuslagshänseende, utan detta måste avgöras i varje enskilt fall för sig. I motiven anförs endast att skyddet i varje fall bör

"sträcka sig så långt, att risk icke uppstår att konsumenterna uppfatta varorna såsom utgångna ur samma rörelse eller ur samverkande rörelser. Med andra ord, det starkt inarbetade märket bör alltid åtnjuta skydd mot varje form av förväxling som kan tänkas uppkomma till följd av att samma eller ett alltför likt märke sedermera antages av annan".[280]

Av det sagda framgår att de förutsättningar som uppställs för Kodakregelns tillämplighet är mycket stränga. I stadgandet sägs också direkt att det bara kan åberopas undantagsvis. Stadgandets utformning på denna punkt är dock mindre lyckad. Enligt sin ordalydelse må det bara undantagsvis åberopas om det äldre märket är synnerligen starkt inarbetat o s v. Lydelsen tyder således på att även om alla angivna rekvisit är uppfyllda så är det ändå inte säkert att stadgandet skall tillämpas. Avsikten är dock inte att stadgandet skall ges en sådan innebörd, utan ordet undantagsvis intogs i lagtexten bara för att markera att lagstiftaren ansåg att de i stadgandet nämnda rekvisiten endast undantagsvis är uppfyllda.[283] Det kan noteras att firmalagens Kodakregel, trots sin i övrigt stora likhet med här diskuterade stadgande, ej innehåller ordet undantagsvis.

Som ovan nämnts ger förarbetena intrycket att Kodakregeln

281. NIR 1976 s 220.
282. SOU 1958: 10 s 137.
283. SOU 1958: 10 s 259 f, prop 1960: 167 s 248.

främst tillkommit för att förhindra viss varumärkesanvändning som kan ge upphov till faktiska förväxlingar.[284] De förutsättningar som uppställs för regelns tillämplighet är emellertid sådana att man närmast får intrycket av att stadgandet främst är ämnat att förhindra snyltning på kända märkens goodwill. Särskilt på grund av det stränga kravet på kännedom om det äldre märket torde regeln i praktiken också ha mindre betydelse när det gäller att förhindra registrering av märken vars användning kan ge upphov till faktiska förväxlingar.

4.3.3.4.1 Behandlingen av särskilt kända märken i tysk och amerikansk rätt

Ett vidsträcktare skydd för särskilt välkända märken framväxte under 1900-talets första hälft allteftersom i ett stort antal länder. Skyddet utvidgades härvid i två olika riktningar. Dels utvidgades de mer välkända märkenas skyddsomfång, dels förstärktes möjligheterna till ingrepp mot registrering och användning av märken som var förväxlingsbara med sådana märken oavsett om dessa var registrerade eller inte. Skyddets utvidgning i sistnämnda hänseende har även satt sina spår i Pariskonventionen vars art 6 bis 1 innehåller en bestämmelse om att unionsländerna förbinder sig att, ex officio eller på yrkande av målsäganden, vägra eller förklara en registrering ogiltig samt förbjuda användning av ett varumärke som är förväxlingsbart med ett annan tillhörigt i det ifrågavarande landet notoriskt känt varumärke. Till skillnad från Kodakregeln är dock detta skydd begränsat till varor av samma eller liknande slag som de det notoriskt kända märket använts för. Några särskilda bestämmelser i den svenska varumärkeslagen har art 6 bis 1 ej givit upphov till, eftersom de möjligheter till förbud mot registrering och användning av märken som är förväxlingsbara med notoriskt kända märken som där föreskrivs ej går utöver vad som följer av varumärkeslagens "ordinarie" regler.

I tysk rätt har särskilt välkända märken ett utvidgat skydd i båda de nämnda hänseendena. Härvid skiljs mellan notoriskt bekanta märken ("notorisch bekannte Zeichen") och berömda mär-

284. Se ovan s 245 f.

ken ("berümte Marken"). Notoriskt kända är de märken som inom omsättningskretsen är allmänt kända som kännetecken för varor av det ifrågavarande slaget.[285] Kännedomskravet är strängare än det som uppställs som förutsättning för "Ausstattungs"-skydd.[286] Till de berömda märkena räknas däremot bara de som p g a "überragenden Verkehrsgeltung" har alldeles särskilt stark särskiljningsförmåga och stort reklamvärde. För att märket skall anses ha "überragenden Verkehrsgeltung" krävs att märket är allmänt känt inte bara inom omsättningskretsen utan bland hela befolkningen.[287] För att räknas till de berömda märkena fordras också att märket är unikt, d v s att något liknande märke överhuvudtaget inte finns på marknaden[288] eller åtminstone att allmänheten inte känner till något sådant.[289]

Notoriskt kända märken och därigenom även berömda märken utgör till skillnad från andra förväxlingsbara märken ex officio registreringshinder, § 4, st 2, p 5 WZG. Detta gäller emellertid endast när varuslagslikhet föreligger,[290] låt vara att det förekommer att skyddsomfånget blir något vidsträcktare när det mothållna märket är särskilt känt.[291]

Det har ifrågasatts huruvida registrering av ett märke som liknar ett berömt märke också kan vägras med stöd av § 4, st 2, p 4 WZG, vilken förbjuder registrering av vissa vilseledande märken. Registreringshinder skulle då föreligga även om varuslagslikhet inte

285. Baumbach-Hefermehl II, § 4 anm 141.
286. A a § 4 anm 142, Hefermehl, Schutz der berümten Marke gegen Neuanmeldung gleicher oder verwechslungsfähiger Zeichen im Eintragungsverfahren, GRUR 1973 s 425. Som exempel anges 4711, Odol, Nivea, Agfa, Kodak, Persil och Ata.
287. Baumbach-Hefermehl II, Einl anm 35, § 31 anm 178 ff. Se om utvecklingen i praxis efter 2:a världskriget, Kohl, Die "Verwässerung" berümter Kennzeichen s 43 ff. Från praxis som sammanfattning av en kedja avgöranden, BGHZ 28 s 320 "Quick". I praxis har nämnts att kännedom om märket hos 66—75 % av hela befolkningen är nödvändig, WRP 1968 s 155 "Opal". Det är dock tveksamt om alla märken som skyddats varit så kända. Se ex GRUR 1961 s 280 "Tosca".
288. Från praxis GRUR 1958 s 393 "Anker" och GRUR 1959 s 25 "Triumph".
289. Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 82, Heiseke, Schutz der berümten Marke, WRP 1975 s 492, Kohl, a a s 46 f och från praxis GRUR 1966 s 623 "Kupferberg".
290. Baumbach-Hefermehl II, § 31 anm 149, Busse, § 4 anm 124, Hefermehl, a a s 426 f.
291. Ex GRUR 1954 s 468.

är för handen. Den allmänna uppfattningen är emellertid numera att sistnämnda bestämmelse inte kan användas i rena förväxlingsfall.[292] Enligt Hefermehl gäller dock motsatsen då de varor det registreringssökta märket är avsett för 1 uppfattas ha samma kommersiella ursprung som de varor ett berömt märke kännetecknar, 2 det berömda märket är ett kvalitetsmärke, d v s konsumenterna anser att alla varor som kännetecknas av märket är av särskilt god kvalitet och 3 användningen av ett liknande märke därmed skulle kunna medföra inte bara vilseledande om den kännetecknade varans kommersiella ursprung utan också om dess kvalitet genom att det berömda märkets kvalitetsföreställning överförs.[293]

Som huvudregel gäller således att i registreringsförfarandet endast sådana varumärken som kännetecknar varor av samma eller liknande slag kan utgöra registreringshinder. Däremot kan berömda märken, till skillnad från endast notoriskt bekanta, utgöra hinder mot användning av ett liknande kännetecken även utanför varuslagslikhetsområdet. Det kan följaktligen konstateras att tysk rätt är än mer obenägen att tillerkänna ett varumärke skydd utanför varuslagslikhetsområdet än svensk.

Som ovan angivits är i amerikansk rätt varuslagslikhet inte någon formell förutsättning för att förväxling skall kunna föreligga. Oavsett detta antas emellertid att ju mer känt ett märke är, desto större risk föreligger att användningen av liknande märken för varor av andra slag leder till förväxlingar. Kända märken ges därför både i registrerings- och intrångspraxis ett större skyddsomfång än andra.[294] Till skillnad från vad som gäller i svensk rätt är det här fråga om en kontinuerlig utvidgning av skyddsomfånget och avgörande är alltid huruvida förväxlingar kan uppstå.

4.3.3.5 Sammanfattning och slutsatser

Enligt den här hävdade uppfattningen är varuslagslikhet inte någon

---

292. Baumbach-Hefermehl II, § 4 anm 146. Heiseke, a a s 492, anser inte heller att st 2, p 4 tillämpas i dessa fall men att så borde ske. Se Berümte Marke und Benutzungswang, MA 1973 s 68 ff.
293. Baumbach-Hefermehl II, § 4 anm 146, Hefermehl, a a s 428 ff. Busse, § 4 anm 122 f, § 31 anm 270, synes dock uppställa mindre stränga krav för att anse 4:e p tillämplig.
294. McCarthy, vol 2 s 136 f, 153 f.

förutsättning för uppkomsten av faktiska förväxlingar. Däremot är det sannolikt att de flesta förväxlingar äger rum i sådana situationer där endast varor av ett bestämt varuslag är inblandade och att de flesta förväxlingar därför äger rum mellan märken som kännetecknar varor av samma slag.

Undersökningen har visat att kravet på varuslagslikhet i praxis tolkas liberalt vilket medför att varumärkenas skyddsomfång blir vidsträckt. Härtill bidrar också i hög grad de ofta mycket generella varuslagsangivelserna och den i praktiken hittills obegränsade möjligheten att vidmakthålla en varumärkesregistrering även för sådana varor för vilka märket ej används. Vid förväxlingsprövningen tas även hänsyn till sådana omständigheter som, utan att sammanhänga med varornas sammansättningar, användningsområden eller ändamål, ökar risken för faktiska förväxlingar. Sammantaget innebär detta att registreringshindret för förväxlingsbara varumärken trots kravet på varuslagslikhet har stor effekt när det gäller att motverka sådan varumärkesanvändning som kan ge upphov till faktiska förväxlingar.

Utvecklingen synes också, både i Sverige och utomlands, gå mot ett allt vidare och mindre formellt varuslagslikhetsbegrepp,[295] något som är fördelaktigt från konsumentsynpunkt. Man får även ett intryck av att omständigheter som inte direkt sammanhänger med själva varumärkena, som t ex var och hur de ifrågavarande produkterna säljs, får allt större betydelse.

Självfallet drar dock kravet på varuslagslikhet upp en viss yttersta gräns för när märken kan anses förväxlingsbara. Föreligger inte varuslagslikhet är märkena inte förväxlingsbara i varumärkeslagens mening även om förekomsten av faktiska förväxlingar kan visas. Undantag gäller endast om Kodakregeln är tillämplig. De förutsättningar som uppställs härför är emellertid så stränga att regeln bara har marginell betydelse för möjligheten att hindra registrering av sådana märken vars användning kan ge upphov till faktiska förväxlingar. Rekvisiten leder istället till att regeln,i likhet med vad som gäller för berömda märken i tysk rätt, främst får betydelse för skyddet av mycket välkända märkens goodwill.

295. Carlman, a a s 218, McCarthy, vol 2 s 124 f, Woesler, a a s 287 ff, 295.

Som redan tidigare nämnts är det i registreringsförfarandet omöjligt att ta hänsyn till alla de omständigheter som kan bidra till att användningen av ett registreringssökt märke leder till faktiska förväxlingar, eftersom många av dessa omständigheter sammanhänger med hur och var detta och det mothållna märket används och det vid tiden för PRV:s behandling av ansökan inte är säkert att något av dem brukas. Även om båda märkena skulle användas är det av arbetsekonomiska skäl knappast heller möjligt att i registreringsförfarandet ta hänsyn till alla dessa omständigheter, eftersom kostnaden för en så omfattande förväxlingsprövning inte torde stå i proportion till vinsten.

Det sagda tillsammans med det förhållandet att de flesta förväxlingar sannolikt begås i situationer där endast varor av ett enda slag är inblandade medför att det vid den administrativa förväxlingsbedömningen knappast heller för framtiden är motiverat att frångå kravet på varuslagslikhet. Enligt min mening kan det dock diskuteras huruvida inte undantag bör göras för de fall då innehavaren av det äldre märket kan visa att ett inte obetydligt antal faktiska förväxlingar förekommit.[296]

4.3.4 Förväxlingsprövningens genomförande

Effekten av registreringshindret för förväxlingsbara kännetecken är naturligtvis i hög grad beroende av hur förväxlingsprövningen sker. I vissa länder, t ex de nordiska, USA, England och Österrike, prövas ex officio huruvida ett registreringssökt märke är förväxlingsbart med något äldre märke, medan registreringsmyndigheterna i andra länder bara kan vägra registrering om innehavaren av ett äldre märke gör invändning. Från konsumentsynpunkt är som ovan anförts[297] en ex officio-prövning att föredra, eftersom registrering av förväxlingsbara märken annars kan ske så snart inte någon innehavare av ett äldre märke gör invändning. Som motiv för att inte ha någon ex officio-prövning brukar å andra sidan nämnas, att innehavarna av äldre varumärken är bäst skickade att avgöra huruvida användningen av ett visst märke kan komma att leda till

296. Se nedan s 298 f.
297. Se ovan s 206.

förväxlingar eller inte, eftersom de bättre än registreringsmyndigheten känner till marknadsförhållandena. Någon risk för att innehavarna av äldre märken skall tillåta registrering av förväxlingsbara märken behöver man enligt företrädarna för denna åsikt inte räkna med, eftersom innehavarna är de som kommer att lida störst skada av förekomsten av förväxlingsbara märken.

I Sverige prövar som bekant PRV ex officio huruvida några äldre förväxlingsbara märken existerar. I första hand beaktas härvid tidigare registrerade och starkt inarbetade kännetecken. Däremot anses det alltför arbetskrävande att beakta alla inarbetade kännetecken, särskilt naturligtvis sådana vars inarbetning är lokalt begränsad. Skulle PRV råka känna till ett sådant märke kan det dock anföras som registreringshinder. Nyhetsgranskningen kompletteras av ett kungörelseförfarande, där innehavare av äldre märken bereds tillfälle att göra invändning mot registreringsansökan. Felaktigt beviljade registreringar kan också medföra skadeståndsansvar för staten.

I Tyskland däremot avskaffades ex officio-prövningen 1949. Skälet härtill var dock inte det som brukar anföras mot ex officio-prövning, utan att varumärkesregistret förstördes under kriget och att ex officio-prövning de närmaste åren därefter omöjliggjordes. Intresset av att nu återinföra en sådan prövning synes dock obefintlig.[298] Möjligheten att göra invändning är också begränsad till innehavare av registrerade varumärken, medan innehavare av kännetecken som endast skyddas som "Ausstattung" är hänvisade till att föra talan om intrång när det registreringssökta märket börjar användas. Notoriskt bekanta märken utgör dock som redan nämnts registreringshinder oavsett om invändning gjorts. Möjligheten för varumärkesinnehavarna att bevaka sina intressen till fromma även för allmänheten underlättas givetvis, om registreringsmyndigheten meddelar innehavarna av äldre varumärken att ansökan om registrering av ett förväxlingsbart märke inlämnats. Enligt 5 §, 3 st WZG har registreringsmyndigheten möjlighet att lämna sådan information, men denna service är för närvarande inställd på grund av registreringsmyndighetens stora arbetsbörda.

---

298. Se om utvecklingen Westerhoff, a a s 5 ff.

Enligt förslaget till EG-varumärkesförordning kan inte heller den europeiska varumärkesmyndigheten på eget initiativ vägra registrering av ett varumärke som myndigheten finner förväxlingsbart med ett äldre märke. Däremot skall myndigheten göra upp en förteckning över alla sådana äldre märken (art 33) och informera deras innehavare om den nya varumärkesansökan (art 36) så att innehavarna bereds tillfälle att göra invändning.

4.3.5 Betydelsen av lämnat medgivande

Registreringshindret för förväxlingsbara varumärken är enligt förarbetena främst motiverat av hänsyn till innehavarna av äldre varumärken.[299] Vidare är ensamrätten till ett varukännetecken en rättighet som dess innehavare i princip fritt kan disponera över. I linje med dessa båda regler gäller att även om patentverket finner att ett varumärke är förväxlingsbart med ett äldre skyddat kännetecken så kan registrering ändå beviljas om innehavaren av det äldre märket lämnar sitt medgivande därtill, 14 §, 2 st VmL.

Någon möjlighet att disponera över registreringshindren i 14 §, 1—3 p VmL, däribland registreringshindret för uppenbart vilseledande varumärken, finns däremot inte, eftersom dessa främst är stadgade av hänsyn till allmänna intressen.[300] Visserligen anses förväxlingsbara varumärken enligt varumärkeslagens terminologi normalt överhuvudtaget inte vara vilseledande,[301] men motsatsen är fallet när det gäller särskilt starkt förväxlingsbara märken.[302] Sådana kan därför inte heller efter medgivande registreras.

Frågan blir då hur starkt förväxlingsbart ett märke skall vara för att registrering skall vägras trots att medgivande lämnats. Helt klart är att inte alla förväxlingsbara märken är uppenbart vilseledande, eftersom medgivandereglerna då inte skulle ha någon praktisk betydelse. I förarbetena uttalas att medgivande bör godtas så snart inte märkena är identiska eller nästan identiska.[303] Från praxis kan nämnas att varumärket LUXACOTE registrerats

299. SOU 1958: 10 s 277, 289.
300. A a s 277.
301. A a s 280 f.
302. A a s 289 f.
303. A s.

efter medgivande av innehavaren av varumärket LUX, båda för samma varuslag,[304] att varumärket COLUMBUS DIXON för golvrengörings- och golvpoleringsmaskiner registrerats efter medgivande av innehavaren av varumärket COLUMBUS, registrerat för samma varuslag[305] och att varumärket BLUE DIAMOND i viss figur avsett för mandlar registrerats efter medgivande av innehavarna av varumärkena DIAMOND BRAND och DIAMOND, registrerade för valnötter respektive ätliga nötter.[306] Om både märkes- och varuslagslikheten är total vägras däremot naturligtvis registrering. Det för varor i klass 25 registrerade varumärket MC GREGOR utgjorde därför, trots medgivande, hinder mot registrering av varumärket MAC GREGOR, avsett för varor tillhörande samma klass.[307] Enligt Carlman kan praxis sammanfattas på följande sätt:[308]

"Om märken är identiska eller praktiskt taget identiskt lika och avser samma varuslag eller i varje fall höggradigt likartade varor anses medgivande ej kunna godtas på grund av risken för vilseledande angående varans kommersiella ursprung. Om sökanden kan visa att det består koncernförhållande mellan denne och utfärdaren av medgivandet eller att det eljest föreligger något kommersiellt samband mellan parterna kan medgivandet dock godtas. Möjligen blir även detta fallet om det kan påvisas ett nära tekniskt samband mellan parterna även om de är juridiskt eller ekonomiskt fristående i förhållande till varandra. — För det fall att märken, ehuru de avser samma varuslag, dock ej företer sådan likhet som nyss sagts, kan ett medgivande i allmänhet accepteras utan att risk för vilseledande anses föreligga. Detsamma gäller när märkena visserligen är identiskt eller praktiskt taget identiskt lika men avser olika slags varor, ehuru de i varumärkesrättslig mening är att anse som likartade."

Möjligheten att efter medgivande få ett varumärke registrerat synes i praxis ha ganska stor betydelse. Av de tjugo förväxlingsfall regeringsrätten avgjorde under år 1977 hade medgivande betydelse för utgången i hela tretton stycken. 1977 synes dock ha varit ett

304. RÅ 1965 H 47.
305. RÅ 1974 A 999 (= NIR 1974 s 469).
306. Besvärsavdelningen 25/74.
307. Besvärsavdelningen 43/73.
308. A a s 185.

extremår och 1978 var motsvarande siffror tolv respektive tre.

I länder där registreringsmyndigheten inte ex officio kan vägra registrering har däremot ett rent registreringsmedgivande ingen funktion att fylla. Normalt kombineras emellertid ett sådant medgivande med föreskrifter om hur och var registreringssökanden och utfärdaren av medgivandet i framtiden skall använda sina märken och dylika överenskommelser, på tyska kallade "Abgrenzungsvereinbarungen",[309] förekommer naturligtvis oavsett om förväxlingsbedömningen sker ex officio eller inte.

Vid första anblicken synes möjligheten att efter medgivande registrera förväxlingsbara varumärken stå i mindre god överensstämmelse med varumärkenas funktion att särskilja olika näringsidkares varor från varandra. Så länge registrering kan ske även av icke använda märken och en registrering dessutom kan vidmakthållas även för sådana varor för vilka användningen av ett liknande kännetecken inte kan ge upphov till några faktiska förväxlingar är emellertid så ej fallet. Att godta medgivanden till registrering av varumärken som inte är identiska eller nästan identiska med något äldre märke men som ändå skulle anses förväxlingsbara med något sådant och som är avsedda för varor av samma slag som detta, måste dock å andra sidan antingen innebära att man anser att förväxlingsbedömningen är strängare än den behöver vara för att motverka uppkomsten av förväxlingar eller att man anser att möjligheten för registreringssökanden att registrera sitt märke väger tyngre än önskan att hindra förväxlingar. Risken för att sådana medgivanden lämnas är dock liten, eftersom innehavarna av äldre märken normalt har ett starkt intresse av att inga förväxlingar uppkommer.

Mot bakgrund av det sagda kan det ifrågasättas om medgivanden som avser märken som skulle anses förväxlingsbara med ett använt märke överhuvudtaget bör godtas, om användningen av det sökta märket kan tänkas medföra faktiska förväxlingar. Nuvarande praxis synes därför alltför liberal. I såväl LUXACOTE- som COLUMBUS DIXON- och BLUE DIAMOND-avgörandena är likheten mellan märkena av sådant slag att det måste anses mycket

309. Se ang sådana Janoscheck, Abgrenzungsvereinbarungen über Warenzeichen, Westerhoff, a a s 155 ff.

närliggande att LUX, COLUMBUS respektive DIAMOND uppfattas som "family brands" och de övriga som varianter av dessa. Om det råder ett koncernförhållande eller något annat ekonomiskt eller tekniskt samband mellan sökanden och utfärdaren av medgivandet är dock en liberalare inställning motiverad, eftersom de bägge parterna då ofta utgör samma kommersiella ursprung.[310]

Även om en registrering trots lämnat medgivande skulle vägras finns det emellertid inte något hinder mot att registreringssökanden börjar använda det ifrågavarande märket. Den näringsidkare som lämnat medgivande lär inte ingripa häremot och alla andra är på grund av talereglerna förhindrade att göra det, åtminstone den normala vägen.[311] Möjligheten att trots lämnat medgivande kunna vägra registrering har därför mindre betydelse såvida den inte kombineras med befogenhet att ex officio ingripa mot användningen av förväxlingsbara kännetecken. Saknas sådan befogenhet kan inte helt utan grund tvärtom hävdas att registrering efter medgivande alltid bör beviljas, eftersom detta troligen medför att sannolikheten för att ett tredje förväxlingsbart märke börjar användas minskar.

4.4 Förväxling som hinder mot användning

4.4.1 Varumärkeslagen

Nedanstående analys av förväxlingsbedömningen i intrångsmål syftar till att undersöka omfattningen av det skydd de allmänna domstolarna ger varukännetecken och om förväxlingsbedömningen avviker från de administrativa domstolarnas. Särskilt skall undersökas i vilken mån man i intrångsmålen tar hänsyn till sådana omständigheter som normalt är okända för de administrativa domstolarna. Liksom vid analysen av registreringspraxis kommer märkeslikhetsbedömningen och varuslagslikhetsbedömningen att behandlas var för sig. Som redan nämnts gäller emellertid produktregeln även i intrångsmålen.[1]

310. Se närmare nedan s 319 f, 348 f.
311. Se ovan s 126 ff ang möjligheten att föra talan enligt 2 § MFL och nedan s 293 ff ang möjligheten att utnyttja 35 § VmL.
1. Se ovan s 207.

Praxis i intrångsmål är emellertid mycket begränsad. Högsta domstolen har efter varumärkeslagens ikraftträdande endast haft tre varumärkesmål uppe till prövning varav ett rörde tillåtligheten av parallellimport, dvs en fråga där någon förväxlingsbedömning aldrig blir aktuell. Även antalet avgöranden från underrätterna, särskilt hovrätterna, är begränsat. I flera intrångsmål har situationen också varit den att en näringsidkare marknadsfört ett plagiat av en populär produkt och därvid medvetet även använt det varumärke originalvaran sålts under i syfte att lura konsumenterna. Dessa avgöranden ger ingen vägledning vid en analys av förväxlingsbedömningen. Det sagda i kombination med att ett enstaka förväxlingsavgörande även av Högsta domstolen i allmänhet har ett jämförelsevis begränsat prejudikatvärde, särskilt såvitt angår märkeslikhetsbedömningen, medför, att det i många situationer inte är möjligt att dra några säkra slutsatser om rättsläget. Det är med andra ord inte möjligt att ge några säkra svar på de frågor analysen avser att besvara.

För att underlätta förståelsen av den fortsatta framställningen ges här en mycket kortfattad översikt över de viktigaste intrångsavgörandena efter varumärkeslagens ikraftträdande.

De två förväxlingsavgöranden som avgjorts av högsta domstolen är QVINNY- och BI-målen.[2] I det förstnämnda målet förde innehavaren av varumärket QVINNY och firman QVINNY AKTIEBOLAG talan mot QVINNS CORNER AKTIEBOLAG och dess verkställande direktör och gjorde gällande att sistnämnda bolags användning av orden QVINNS CORNER som varumärke utgjorde varumärkesintrång. Tingsrätten och Högsta domstolen fann, till skillnad från hovrätten, att varukännetecknen var förväxlingsbara.

BI-målet rörde varumärkena BI och BIC, båda kompletterade med vissa figurmoment som emellertid inte fick någon betydelse i målet. Innehavaren av varumärket BI för bl a strumpor stämde BIC:s innehavare

2. NJA 1977 s 415 (= NIR 1978 s 230) resp NJA 1979 s 121 (= NIR 1979 s 382). Däremot avgjordes ADAM och EVA-målet, NJA 1961 s 590 (= NIR 1961 s 217) enligt ÄVmL. Eftersom intrånget i NJA 1970 s 308 (= NIR 1971 s 91), MASKINSERVICE AKTIEBOLAG FILIP = SVENSKA AKTIEBOLAGET PHILIPS och varumärket PHILIPS begicks med hjälp av en firma tillämpades endast firmarättens förväxlingsregler. Se ang förhållandet mellan FL och VmL på detta område, Bernitz-Pehrson-Sandgren, a a s 87.

och påstod att den senares användning av kännetecknet BIC för strumpor utgjorde varumärkesintrång. Varumärket BIC hade visserligen registrerats tidigare än BI och var betydligt mer känt men både registreringen och inarbetningen hänförde sig till helt andra varor än strumpor. Tingsrätten ansåg inte varumärkena förväxlingsbara. Hovrättens majoritet kom emellertid till motsatt slut och Högsta domstolen fastställde därefter hovrättens dom.

Två hovrättsavgöranden rör Volkswagens figurmärke, bokstäverna VW i monogramform, inneslutna i en ring.[3] Detta märke fanns instansat på Volkswagenbilarnas navkapslar. Två näringsidkare som sålde icke originaldelar till Volkswagenbilar marknadsförde navkapslar där istället bokstaven X innesluten i en ring fanns instansad. Volkswagen stämde de båda näringsidkarna och påstod att de bägge figurerna var förväxlingsbara, en åsikt som både hovrätten över Skåne och Blekinge och hovrätten för Västra Sverige delade.

Vidare kan nämnas att Svea hovrätt ansett att användningen av beteckningen "TVÄTT-BJÖRNEN" utgjorde intrång i den varumärkesrättsliga ensamrätten enligt 3 § VmL till firmanamnet BJÖRNS KEMTVÄTT, ANDERSSON & CO i vilket orden BJÖRNS KEMTVÄTT utgjorde firmadominant.[4]

I ett annat hovrättsavgörande stämde ett livsmedelsföretag som var innehavare av flera varumärken huvudsakligen bestående av olika stjärnor ett annat livsmedelsföretag som också använde stjärnor på en viss förpackning.[5] Varken Stockholms tingsrätt eller Svea hovrätt fann emellertid kännetecknen förväxlingsbara och Högsta domstolen beviljade inte prövningstillstånd.

Varumärket JOCKEY för bl a kläder är inblandat i två avgöranden. I ett av dessa förde innehavaren av ordmärket JOCKEY och vissa figurmärken föreställande jockejs talan mot JACKI KONFEKTIONS AKTIEBOLAG och anförde att bolagets användning av ordmärket JACKI, ensamt eller ingående i bolagets firma, och ett figurmärke i vilket ordet JACKI intog en framträdande plats, samtliga för kläder, utgjorde varumärkesintrång.[6] Tvisten var således en parallell till regeringsrättsavgörandet RÅ 1977 Ab 426.[7] Stockholms tingsrätt ansåg inte att märkena

3. NIR 1969 s 418 resp 424.
4. NIR 1976 s 316.
5. Svea hovrätt, dom 2.11. 1977, nr DT 22.
6. Svea hovrätt, dom 17.12. 1976, nr 2: DT 42.
7. Se ovan s 226.

var förväxlingsbara men Svea hovrätt intog, i likhet med regeringsrätten, motsatt ståndpunkt.

Det andra JOCKEY-målet rörde en tvist med Joker Textil Aktiebolag.[8] Innehavaren av varumärket JOCKEY påstod här bl a att användningen av ordet JOKER som kännetecken för kläder utgjorde intrång i hans varumärkesrätt. Landskrona tingsrätt delade denna uppfattning.

Till sist skall här nämnas två tingsrättsavgöranden som båda rör varumärket 21 TWENTYONE, använt för olika kroppsvårdspreparat. I det ena avgörandet stämde innehavaren av detta kännetecken användaren av varumärket CREME 21 och påstod att dennes användning utgjorde varumärkesintrång.[9] Malmö tingsrätt fann märkena förväxlingsbara. Domen överklagades men parterna förliktes innan hovrätten avgjort målet.

I det andra 21 TWENTYONE-avgörandet riktade sig talan mot brukaren av kännetecknet PROTEIN 21.[10] Stockholms tingsrätt ansåg att kännetecknen var förväxlingsbara. Även i denna tvist förliktes parterna innan hovrätten hunnit pröva målet.

4.4.1.1 Märkeslikhetsbedömningen

Några särskilda överväganden om vilka egenskaper de personer har som använts som måttstock vid förväxlingsbedömningen finns inte i något intrångsavgörande. Det ligger därför närmast till hands att anta att de allmänna domstolarna, i likhet med de administrativa, utgår från den tänkta uppfattningen hos en genomsnittskonsument av varor av det ifrågavarande slaget. Ett visst stöd får antagandet också av ett uttalande av Svea hovrätt i JACKI-JOCKEY-målet där det sägs:[11]

"Även om ordens (JOCKEY och JACKI, min anm) stavning klart skiljer sig åt, finns det därför enligt hovrättens mening en beaktansvärd risk för att en person utan utpräglat visuellt minne, som vid tidigare tillfälle uppmärksammat märket Jockey och därefter avser att inhandla varor av detta märke, köper Jacki Konfektions produkter i tro att dessa härrör från Jockey."

8. Landskrona tingsrätt, dom 25.10. 1977, nr DT 222.
9. Malmö tingsrätt, dom 1.10. 1974, nr DT 102.
10. Stockholms tingsrätt, dom 27.6. 1975, nr DT 32.
11. Svea hovrätt dom 17.12. 1976, nr 2: DT 42.

Något avgörande där det varit fråga om varor som både vänt sig till branschfolk och vanliga konsumenter finns såvitt bekant inte. Däremot har den danska højesteret i ett färsk avgörande i vilket varumärkena IPALCO och ICOPAL ansågs förväxlingsbara uttalat, att man vid förväxlingsbedömningen tagit hänsyn till att de ifrågavarande produkterna var av sådant slag att de även inhandlades av vanliga konsumenter.[12] Højesteret har således intagit samma ståndpunkt som de svenska administrativa domstolarna, d v s att om kundkretsen består av två eller fler skilda grupper så skall man vid förväxlingsbedömningen utgå från uppfattningen hos den grupp som kan antas vara mest benägen att begå förväxlingar. Det förefaller enligt min mening sannolikt att även de allmänna svenska domstolarna skulle inta denna ståndpunkt.

I BI-målet[13] har klart påpekats att en köpare normalt inte har möjlighet att jämföra de båda ifrågavarande kännetecknen samtidigt. Även de allmänna domstolarna har således intagit stånpunkten att det är minnesbilden av det ena märket som skall förväxlas med det andra.[14]

I BI-målet har domstolarna även anslutit sig till den viktiga principen att ståndpunktstagandet i förväxlingsfrågan skall utgöra resultatet av en helhetsbedömning.

Frågan om vilken betydelse det har att en viss del av ett kännetecken är deskriptivt tangeras på två olika sätt i Qvinny-målet.[15] Tingsrätten yttrade där i sin av Högsta domstolen fastställda dom, att ordet QVINNY hade särprägel och att det saknade "utpräglat suggestiv effekt". Uttalandet kan tolkas som ett tecken på att domstolen anser att ett ords särprägel har betydelse för dess skyddsomfång. Uttalandet kan dock alternativt ha gjorts i syfte att påpeka, att eftersom märket inte var suggestivt, så hade domstolen ingen anledning att ta ställning till frågan om särskiljningsförmågans betydelse för skyddsomfånget. Någon säker slutsats kan därför inte dras.

Det andra sättet på vilket frågan tangeras rör betydelsen av

12. NIR 1979 s 95.
13. NJA 1979 s 121 (= NIR 1979 s 382).
14. Se även Malmö tingsrättsdom 1.10 1974, nr DT 102, CREME 21 = 21 TWENTYONE och 21.
15. NJA 1977 s 415 (= NIR 1978 s 230).

ordet "CORNER". Förekomsten av detta ord ansågs inte kunna neutralisera den likhet som bestod mellan QVINNS och QVINNY. Man kan fråga sig om detta berodde på att CORNER bedömdes som så deskriptivt att det inte kunde tillmätas någon betydelse eller om målets utgång beror på att likheten mellan orden QVINNS och QVINNY var så stor att den inte kunde neutraliseras oavsett tilläggsordets särskiljningsförmåga. Sistnämnda tolkning förefaller mest sannolik. Däremot uttalade domstolen att ordet CORNER tillmätts mindre betydelse på grund av att det typografiskt haft en mindre framträdande ställning.

Som ovan framgått tillåter de administrativa domstolarna registrering av mer lika varumärken när det är fråga om varuslag där konsumenterna kan förmodas vara särskilt märkesmedvetna.[16] Huruvida de allmänna domstolarna intar samma ståndpunkt är oklart, eftersom det inte finns några avgöranden som rör sådana varor. Intressant är emellertid här ett avgörande av den norska høyesterett, i vilket ordet TEENI för en fruktchampagne inte ansågs förväxlingsbart med varumärket TEEM i figur för en limedrink.[17] I domsmotiveringen anförde domstolen bl a:

"Men jeg (d v s förstvoterande domare, min anm) kan tiltre byrettens bemerkninger om at man kan tillate større likhet varemerkene imellom når kundene vet nøyaktig hva de foretrekker, og jeg er enig med byretten i at det publikum merkene appellerer til, i hovedsaken er barn og tenåringer som må forutsettes å ha en vel utviklet varebevissthet som gjør at de velger sine favorittdrikker først og fremst ut fra tidligere erfaringer og mineralvannsmak. Blant dem som har støtt på merkene før, tror jeg forvekslingsfaren er meget liten, og om det skulle intreffe forveksling mellom førstegangskjøperne, tror jeg ikke dette vil ha nevneverdig betydning for konkurransesituasjonen."

Det citerade uttalandet tyder på en generellt mycket liberal inställning till förväxlingsfrågan. Åtminstone för en svensk är det också något förvånande att notera att domstolen synes anse att barn och tonåringar är särskilt märkesmedvetna när det gäller läskedrycker och det förefaller osannolikt att de svenska domstolarna skulle tillämpa en mildare förväxlingsbedömning i ett fall som detta.

16. Se ovan s 224 f.
17. Rt 1971 s 962 (= NIR 1972 s 202).

I administrativ praxis finns en tendens att ge särskilt välkända märken ett något vidare skyddsomfång än normalt.[18] Någon sådan tendens har dock inte kunnat utveckla sig i de allmänna domstolarnas praxis, eftersom märkeslikheten i de avgöranden som rör mer välkända märken varit så stor att förväxling har förelegat även utan någon särskild uttänjning av skyddsomfånget. De avgöranden som här åsyftas är ett i vilket Göteborgs tingsrätt ansåg att siffermärket 4712 var förväxlingsbart med varumärket 4711[19] och de i översikten nämnda båda JOCKEY-avgörandena.

Såvitt gäller kännedomen om de inblandade märkena är BI-avgörandet[20] på så sätt ovanligt som intrångsgörarens märke var betydligt mera känt än kärandens, låt vara för andra varuslag än de som var aktuella i målet. Detta ovanliga förhållande synes dock inte ha påverkat utgången i målet vilket också är välmotiverat.

Som exempel på ordmärken som ansetts förväxlingsbara kan hänvisas till de avgöranden som nämnts i översikten ovan på s 283 ff. Från äldre praxis kan nämnas att varumärket IWANA ansetts förväxlingsbart med NIRVANA, båda för tvål[21] och ADAM OCH EVA med ADAM, båda för kläder,[22] men däremot inte WELLA med STELLA, båda för hårtorkningsapparater[23] eller TRIX med PIX, båda för choklad och karameller.[24] Med tanke på den skärpning av förväxlingspraxis som skett efter den nu gällande varumärkeslagens ikraftträdande förefaller det sannolikt, att utgången i de två sistnämnda avgörandena idag skulle ha blivit den motsatta.

I de avgöranden där någon närmare motivering till ställningstagandet i förväxlingsfrågan överhuvud taget givits överensstämmer de i hög grad med de motiveringar som återfinns i administrativ praxis. Således jämförs i första hand ordens likhet i stavning och uttal. Av hovrättens uttalande i JACKI-JOCKEY-målet[25] framgår även, att domstolen anser att uttalslikhet är tillräcklig för

18. Se ovan s 222 f.
19. NIR 1965 s 273.
20. NJA 1979 s 121 (= NIR 1979 s 382).
21. NJA 1938 s 501.
22. NJA 1961 s 590 (= NIR 1961 s 217).
23. NJA 1939 s 141 (= NIR 1938 s 87, 1939 s 60). Två ledamöter av HD ansåg dock märkena förväxlingsbara.
24. NJA 1940 s 161 (= NIR 1940 s 85).
25. Svea Hovrätt dom 17.12.1976, nr 2: DT 42.

att förväxling skall anses föreligga även om ordens stavning klart skiljer sig åt. Vidare anförde Högsta domstolen i BI-målet att alla rimliga uttalsmöjligheter torde böra tas i beaktande vid prövningen av förväxlingsbarheten. Också i likhet med vad som gäller i administrativ praxis anses ordmärkens språkliga betydelse kunna påverka förväxlingsbedömningen. Vikten av de motstående märkenas språkliga betydelser diskuterades således såväl i Qvinny-[26] som i de båda Jockey-målen.[27] Ingen av de domstolar som kom att bestämma utgången av målen tillmätte dock kännetecknens likhet eller olikhet i betydelse någon avgörande vikt. Det bör även påpekas att tingsrätten i sin av Högsta domstolen fastställda motivering i QVINNY-målet konstaterade att det förhållandet att kännetecknet QVINNS CORNER bestod av två ord inte uteslöt att det ansågs förväxlingsbart med QVINNY.

Som framgått redan av den i inledningen av detta stycke gjorda översikten över praxis har högsta domstolen inte avgjort något mål rörande förväxlingsbarheten mellan rena figurmärken sedan varumärkeslagen trädde i kraft. Däremot finns några hovrättsavgöranden. Både hovrätten över Skåne och Blekinge och hovrätten för Västra Sverige fann att ett figurmärke bestående av bokstaven X innesluten i en ring var förväxlingsbart med Volkswagens figurmärke bokstäverna VW placerade på särskilt sätt ovanpå varandra och inneslutna i en ring.[28] Däremot ansågs i ett annat hovrättsavgörande inte användningen av en figur bestående av tre fyruddiga stjärnor i linje på två ställen på en livsmedelsförpackning innebära något intrång i rätten till ett varumärke bestående av tre femuddiga stjärnor i liggande bågform och orden 'TRE STJÄRNOR'.[29] Till denna bedömning bidrog, frånsett naturligtvis olikheten mellan kännetecknen, att stjärnmärken ansågs ha ett begränsat skyddsomfång, eftersom de är så vanliga och att användningen av de fyruddiga stjärnorna mer gav intryck av att utgöra en dekorativ detalj än att fungera som kännetecken. Vidare kan nämnas att Göta hovrätt i ett avgörande enligt äldre varumärkeslagen ansett att ett

26. NJA 1977 s 415 (= NIR 1978 s 230).
27. Svea Hovrätt dom 17.12. 1976, nr 2: DT 42 resp Landskrona tingsrätt dom 25.10. 1977, nr DT 222.
28. NIR 1969 s 418 resp 424.
29. Svea hovrätt, dom 2.11.1977, nr DT 22.

märke bestående av en treklöver anbragt på ett förstoringsglas som utdelats som reklam var förväxlingsbart med ett figurmärke föreställande en treklöver.[30]

Av praxis framgår att de allmänna domstolarna är beredda att fästa viss vikt vid sådana omständigheter som normalt inte påverkar den administrativa förväxlingsbedömningen. Göteborgs tingsrätt anförde i sin av högsta domstolen i denna del fastställda motivering i QVINNY-målet[31] att

"(d)en omständigheten att Qvinns är sammanställt med Corner medför inte att Qvinny och Qvinns Corner ej skulle vara förväxlingsbara, detta särskilt med hänsyn till den typografiskt dominerande ställning som Qvinns enligt den åberopade bevisningen har".

Likaså bidrog det förhållandet att siffran 21 typografiskt särskilt framhävts i varumärket PROTEIN 21 till att detta ansågs förväxlingsbart med 21 TWENTY ONE.[32] Vid den administrativa förväxlingsbedömningen mellan rena ordmärken jämförs däremot märkenas likhet sådan den är om alla ingående ord har samma typografiska utformning.

En omständighet som har stor betydelse för den faktiska förväxlingsbenägenheten är graden av likhet mellan hur och var kännetecknen placeras på varorna, dess förpackningar eller i reklam. I de bägge avgöranden som rörde Volkswagens figurmärke, bokstäverna VW satta ovanpå varandra och inneslutna i en ring, bidrog i enlighet härmed det förhållandet att båda de inblandade kännetecknen uppkommit genom att instansas på navkapslarnas metallytor till att de ansågs förväxlingsbara.[33] Vidare medverkade olikheten mellan märkenas placeringar på respektive förpackningar till att de två livsmedelsföretagens stjärnmärken inte ansågs förväxlingsbara.[34]

De anförda avgörandena visar klart att de allmänna domstolarna vid förväxlingsbedömningen tar hänsyn åtminstone till vissa sådana

30. NIR 1961 s 83.
31. NJA 1977 s 415 (= NIR 1978 s 230).
32. Stockholms tingsrätt dom 27.6.1975, nr DT 32.
33. NIR 1969 s 418 resp 424.
34. Svea hovrätt, dom 2.11.1977, nr DT 22.

omständigheter som faktiskt påverkar förväxlingsbenägenheten men som registreringsmyndigheten normalt inte har någon vetskap om.

En fråga som här uppkommer är huruvida det har någon betydelse om de omständigheter som påverkar förväxlingsrisken primärt sammanhänger med sättet för det äldre eller sättet för det yngre kännetecknets användning. Skulle t ex den typografiska utformningen av ordet CORNER ha haft större eller mindre betydelse om QVINNS CORNER i motsats till vad som nu var fallet registrerats före QVINNY och innehavaren av förstnämnda märke i stället stämt innehavaren av det senare. QVINNS CORNER hade då som ordmärke registrerats med likformig typografisk utformning vilket talar för att skyddsomfånget varit detsamma oavsett vilken typografisk utformning ordet CORNER använts i. När det gäller ett ifrågasatt intrång i rätten till ett registrerat varumärke har således det sätt på vilket intrångsgörarens märke används större betydelse för förväxlingsbedömningen än det sätt på vilket det registrerade märket används. Motsvarande gäller inte vid ifrågasatt intrång i rätten till ett inarbetat kännetecken, eftersom skyddet då direkt anknyter till användningssättet.

4.4.1.2 Varuslagslikhetsbedömningen

Någon analys av varuslagslikhetsbedömningen hos de allmänna domstolarna är inte möjlig att göra, eftersom varuslagslikhet uppenbarligen förelegat i alla de avgöranden som omnämnts i föregående stycke frånsett ett där i stället Kodak-regeln tillämpades. I inte mindre än fyra av de tio mål som refererats ovan på s 283 ff har det varit fråga om kännetecken för kläder. Minst varuslagslikhet förelåg i de båda 21 TWENTY ONE-avgörandena. I det ena[35] anförde Stockholms tingsrätt att frånsett att fullständig varuslagslikhet förelåg mellan de bägge inblandade schamponeringsmedlen så förelåg även betydande varuslagslikhet mellan deodoranter, eau-de-cologne, hudkräm och flytande tvål å ena sidan och hårschampo å den andra. Av det andra avgörandet[36] framgår att

35. Stockholms tingsrätt dom 27.6.1975, nr DT 32.
36. Malmö tingsrätt dom 1.10.1974, nr DT 102.

Malmö tingsrätt ansåg att varuslagslikhet förelåg mellan krämer och lotioner för kosmetiskt bruk å ena sidan och hårschampo å den andra. Av domskälen framgår vidare att det förhållandet att de ifrågavarande produkterna försäljs i samma butiker bedömts kunna påverka varuslagslikhetsbedömningen.

Sammanfattningsvis kan endast sägas att det inte finns någonting i de allmänna domstolarnas motiveringar som tyder på att de skulle tolka kravet på varuslagslikhet snävare än de administrativa domstolarna.

Såvitt mig är bekant har Kodak-regeln bara tillämpats i ett avgörande hos de allmänna domstolarna, nämligen i det ovan nämnda avgörandet rörande varumärket 4711.[37]

Innehavaren av varumärket 4711 för eau-de-cologne samt ett flertal andra kosmetiska- och kroppsvårdspreparat stämde innehavaren av varumärket 4712 och påstod att användningen av detta märke utgjorde varumärkesintrång. Göteborgs tingsrätt anförde att det måste anses som ett notoriskt förhållande att varumärket 4711 är ett Kodak-märke. Domstolen ansåg det vidare uppenbart att användningen av kännetecknet 4712 kunnat medföra förväxlingar och att dess innehavare dragit fördel av eau-de-cologne-bolagets renommé. Användningen av 4712 ansågs därför innebära ett otillbörligt utnyttjande av den goodwill varumärket 4711 var bärare av.

Att som tingsrätten anse det notoriskt bekant att 4711 var ett Kodakmärke måste anses relativt liberalt, även om märket särskilt i tysk litteratur ofta brukar nämnas som exempel på ett sådant. Givetvis går det dock inte att med stöd av detta enda avgörande dra några slutsatser om hur de allmänna domstolarna tolkar Kodakregeln.

4.4.1.3 Taleberättigade vid varumärkesintrång

Som framgått ovan[38] kan registrering av ett förväxlingsbart varumärke medges om innehavaren av det äldre kännetecknet lämnar sitt medgivande därtill. Kännetecknsinnehavaren disponerar med andra ord över sin kännetecknsrätt. Denna dispositionsrätt kom-

37. NIR 1965 s 273.
38. Se ovan s 279 ff.

mer även till uttryck på så sätt att talan om varumärkesintrång bara kan väckas efter initiativ från kännetecknsinnehavaren själv. Antingen måste denne anmäla den konkurrerande näringsidkarens kännetecknsanvändning till åtal, 37 §, 2 st VmL, eller också får han själv föra talan. Detta innebär att det som huvudregel inte finns någon möjlighet att hindra användningen av förväxlingsbara kännetecken om innehavaren av det äldre kännetecknet inte vidtar några åtgärder. Undantag gäller dock i två hänseenden. För det första kan användningen av ett förväxlingsbart kännetecken strida mot förbudet mot vilseledande varumärkesanvändning i 35 § VmL[39] och för det andra kan KO föra talan enligt 2 § MFL och påstå att kännetecknsanvändningen medför risk för vilseledande om kommersiellt ursprung.

4.4.1.4 Förväxling kan vara vilseledande

I varumärkeslagen görs en principiell skillnad mellan förväxlingsbara varukännetecken, d v s kännetecken som kan ge allmänheten en felaktig uppfattning om en varas kommersiella ursprung, och vilseledande varukännetecken, d v s kännetecken som är ägnade att ge allmänheten en felaktig uppfattning om de kännetecknade varornas art, beskaffenhet, mängd, användning m m. Som redan påpekats[40] råder dock på intet sätt något vattentätt skott mellan förväxling och vilseledande. Om konsumenterna känner till egenskaperna hos en vara av visst märke men förväxlar detta med ett märke som kännetecknar produkter vars egenskaper skiljer sig från de förstnämndas kommer ju konsumenterna uppenbarligen att erhålla varor med andra egenskaper än de konsumenterna förväntat sig. Att förväxlingar leder till vilseledanden är därför inte alls ovanligt.

Ett tydligt exempel utgör det ovannämnda AGI-målet.[41] Kännetecknet AGI hade sedan länge använts som beteckning för J Arwedsons Gymnastikinstitut. Institutets utbildning berättigade till legitimation som sjukgymnast och AGI brukade också användas som yrkesbeteckning för

39. Se nedan s 293 ff.
40. Se ovan s 279 ff.
41. MD 1973: 15 (= NIR 1973 s 462, PKF 1973: 7—8 s 107).

de sjukgymnaster som genomgått Institutets utbildning. AGI uppfattades därför som en symbol för kvalificerade sjukgymnastkurser. Bland de personer som kände till AGI måste följaktligen Axelssons Gymnastiska Instituts användning av samma förkortning, AGI, för betydligt mindre omfattande kurser ha lett både till förväxlingar angående kursernas kommersiella ursprung och vilseledanden rörande deras omfattning.

Distinktionen mellan förväxlingsbara och vilseledande kännetecken upprätthålls inte heller helt i varumärkeslagen. Som redan framgått kan registrering av ett starkt förväxlingsbart varumärke vägras även med stöd av registreringshindret för uppenbart vilseledande varumärken i 14 §, 2 p VmL. En närliggande fråga är om användningen av ett förväxlingsbart varumärke på motsvarande sätt kan strida mot förbudet mot användning av vilseledande kännetecken i 35 § VmL. Den praktiska betydelsen härav skulle framför allt vara att det då blir möjligt inte bara för innehavaren av det äldre varumärket utan även för bl a allmän åklagare att föra talan mot användningen av det förväxlingsbara kännetecknet, 35 § VmL och 26 VmF.

Någon vägledande praxis finns inte eftersom 35 § såvitt bekant överhuvud taget aldrig tillämpats av domstol.[42] Vid varumärkeslagens utarbetande berörde varken varumärkes- och firmautredningen, remissinstanserna eller departementschefen frågan. Däremot påpekade lagrådet att förväxlingsbarhet kan vara sådan att allmänheten vilseleds därav och att 35 § därför kan vara tillämplig.[43] Uttalandet ligger helt i linje med vilseledandeförbudets generella utformning samt med vad som gäller enligt 14 §, 2 p VmL och det synes därför helt klart att det enligt 35 § VmL är möjligt att i rent konsumentskyddande syfte föra talan om förbud mot användning av sådana förväxlingsbara kännetecken som kan medföra att allmänheten vilseleds.

En följdfråga blir om möjligheten att föra sådan talan förutsätter att de förväntade förväxlingarna i sin tur kan leda till vilseledanden om de ifrågavarande produkternas egenskaper m m eller om enbart förväxlingsrisk är tillräcklig. Frågeställningen berörs inte

42. Bernitz, Marknadsföringslagen och känneteckensskyddet, NIR 1975 s 184, Rissanen, a a s 14 f.
43. Prop 1960: 167 s 254. Se även s 252.

av lagrådet. Dess uttalanden tyder emellertid närmast på att något vilseledande rörande produkternas egenskaper inte krävs. Sådant vilseledande fordras inte heller för att registreringshindret för uppenbart vilseledande varumärken i 14 §, 2 p VmL skall kunna tillämpas på förväxlingsbara varumärken. Det är därför välmotiverat att inte uppställa vilseledande om de kännetecknade varornas egenskaper m m som förutsättning för 35 § VmL:s tillämplighet.

Det sagda innebär att det avgörande blir om användningen av det ifrågasatt vilseledande varukännetecknet är ägnat att framkalla förväxlingar. Hänsyn bör således tas till alla förväxlingsfrämjande omständigheter. Tolkningen av 35 § kommer därför att uppvisa stora likheter med de ordinarie förväxlingsreglerna. Trots att lämpligheten härav kan diskuteras torde i praktiken endast användningen av mycket lika märken anses stridande mot 35 §. En öppen fråga är om varuslagslikhet i 6 § VmL:s mening fordras för att kännetecknet skall vara vilseledande. Härför talar att varukännetecken enligt 6 § inte bara i intrångsmål utan även i andra fall som huvudregel bara anses förväxlingsbara om de avser varor av samma eller liknande slag. I motsatt riktning talar däremot att det avgörande enligt 35 § är om kännetecknet är vilseledande och vilseledande om kommersiellt ursprung kan uppkomma oavsett om varuslagslikhet föreligger eller ej.

Det kan påpekas att det internationellt sett inte är unikt att de regler som primärt riktar sig mot i sig vilseledande varumärken även kan tillämpas på förväxlingsbara sådana. Som exempel kan nämnas att sec 43 (a) Lanham Act, som förbjuder ett flertal olika typer av vilseledande marknadsföringsåtgärder, även anses täcka de flesta fall av "vanliga varumärkesintrång".[44]

---

44. Callman, vol 1 s 623, McCarthy, vol 2 s 254. Det ledande rättsfallet är Federal-Mogul-Bower Bearings Inc v. Azoff, 136 USPQ 500 (1963). En förutsättning för stadgandets tillämpning är givetvis att intrånget påverkar mellanstatlig handel, eftersom tillämpligheten av Lanham Act annars är utesluten. Detta rekvisit tolkas dock här liberalt, se Germain, Unfair Trade Practices Under Section 43 (a) of the Lanham Act: You've Come a Long Way, Baby — Too Far, Maybe?, 64 TMR s 197 ff (1974). Germain, a a s 218 ff, anser det däremot felaktigt att utsträcka sec 45 (a):s tillämplighet till fall av varumärkesintrång och grundar sin ståndpunkt på syftet med stadgandet. Kritisk mot den vida tillämpningen synes också Derenberg vara, se The Twenty-Fifth Year of Administration of the Lanham Act, 62 TMR s 497 (1972).

Som redan framgått kan vilseledande om kommersiellt ursprung enligt 2 § MFL föreligga oavsett om detta vilseledande i sin tur leder till vilseledande om de aktuella varornas egenskaper. Tydligast framgår detta av SparKronan-avgörandet[45] där marknadsdomstolen uttalade att det för målets utgång saknade betydelse om konsumenterna verkligen fick större trygghet och bättre service om de vände sig till sparbank i stället för till SPARKRONAN.

Däremot för, som tidigare också nämnts,[46] KO endast talan i mål rörande vilseledande om kommersiellt ursprung om han anser att det råder någon från konsumentsynpunkt beaktansvärd skillnad mellan varornas egenskaper.

Av det sagda torde framgå att det sätt på vilket uppdelningen mellan förväxlingsbara och vilseledande varumärken sker i varumärkeslagen inte är helt lyckad. Skillnaden ligger inte primärt i vilka omständigheter märkena kan vilseleda om, utan i stället i det sätt på vilket vilseledandet uppkommer.

4.4.1.5 Slutsatser och åsikter de lege ferenda

Som framgått av ovanstående är omfattningen av de allmänna domstolarnas praxis i förväxlingsärenden bara en bråkdel av de administrativa domstolarnas. Det är därför inte möjligt att med säkerhet säga någonting om huruvida några skillnader i förväxlingsbedömningen råder mellan de båda domstolskategorierna. Det kan dock konstateras att det inte framkommit någonting i praxis som tyder på att några olikheter föreligger. Domstolarna synes också själva anse att förväxlingsbedömningen skall vara densamma. I BI-målet[47] anförde nämligen hovrättens majoritet i sin av högsta domstolen fastställda dom som stöd för ståndpunkten att varumärkena BI och BiC var förväxlingsbara att

"(d)enna bedömning synes också stå i samklang med rådande administrativ praxis."

Som framgått hindrar dock inte det sagda att de allmänna domstolarna även tar hänsyn till vissa omständigheter som påverkar

45. MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410).
46. Se ovan s 85 f, 197.
47. NJA 1979 s 121 (= NIR 1979 s 382).

förväxlingsbenägenheten men som är okända för de administrativa domstolarna.

Analysen av förväxlingsreglerna och deras tillämpning i praxis visar enligt min mening att märkeslikhetsbedömningen är tillräckligt sträng för att registrering och användning av faktiskt förväxlingsbara varumärken skall förhindras. Vidare kan konstateras att även relativt olika varor anses som likartade i varumärkeslagens mening. Eftersom en helt övervägande majoritet av alla förväxlingar torde begås i sådana situationer då bara varor av liknande slag är inblandade är det därför klart att varumärkeslagens förväxlingsregler är så utformade att registrering och användning av de allra flesta faktiskt förväxlingsbara kännetecken kan förhindras.

Varuslagslikheten är dock inte någon nödvändig förutsättning för att faktiska förväxlingar skall kunna uppkomma. Varumärkeslagens krav att sådan likhet skall föreligga för att kännetecknen skall anses förväxlingsbara medför därför att det kan saknas möjlighet att ingripa trots att kännetecknensanvändningen bevisligen medför faktiska förväxlingar. Sådana situationer kan förväntas bli allt vanligare om användningstvånget skärps så att det inte längre är möjligt att vidmakthålla en registrering för varor av andra slag än de märket faktiskt används för. På grund av Kodakregelns smala tillämplighetsområde kan regeln inte heller annat än i enstaka undantagsfall utnyttjas för att uppnå ett annat resultat.

De lege ferenda finns därför enligt min mening vägande skäl för en viss revidering av förväxlingsreglerna. Det grundläggande syftet med varumärkesrätten är att förhindra vilseledanden om kommersiellt ursprung. Det är därför oacceptabelt att det kan saknas möjlighet att ingripa mot sådan kännetecknensanvändning som bevisligen medför ett inte obetydligt antal representativa faktiska förväxlingar. Självfallet bör kännetecknen i sådana situationer även vid en rättslig bedömning anses förväxlingsbara. Undantag måste dock bl a göras för sådana fall då förväxlingarna grundas på likhet mellan primärt funktionella delar av varu- och förpackningsutstyrslar. Kravet på varuslagslikhet bör därför omvandlas till en presumtionsregel av typen.

Kännetecken anses förväxlingsbara enligt denna lag endast om de avser varor av samma eller liknande slag såvida det inte kan visas att faktiska förväxlingar förekommit.

Därmed skulle de svenska förväxlingsreglerna närma sig de amerikanska.

Enligt min mening kan den omständigheten att det hittills inte finns några intrångsavgöranden där käromålet avslagits p g a bristande varuslagslikhet inte tas till intäkt för att det saknas behov av en regeländring av beskrivet slag. Förelåg inte varuslagslikhet torde det nämligen ha stått helt klart för kännetecknensinnehavaren att han inte skulle ha någon framgång med en intrångstalan.

Så länge det i praktiken är möjligt att vidmakthålla en registrering av ett varumärke som bara används för en enda vara i samtliga varu- och tjänsteklasser kan inte heller hävdas, att den föreslagna utvidgningen av varumärkesskyddet i oacceptabelt hög grad försvårar konkurrerande näringsidkares val av varumärke. Utvidgningen kan inte heller på annat sätt påstås ha några konkurrensbegränsande verkningar. Överhuvud taget torde sådana främst uppkomma vid utökningar av den användning av ett visst kännetecken som är förbehållen kännetecknensinnehavaren, t ex om konkurrenters kännetecken inte skulle få omnämnas i jämförande reklam. Strängare förväxlingsregler torde däremot endast ha marginell betydelse.

Som framgår av det sagda bör dock förekomsten av faktiska förväxlingar inte vara någon förutsättning för att kännetecknen skall anses förväxlingsbara. Motsatt ståndpunkt skulle ju i praktiken innebära att skyddet för de icke använda märkena skulle upphöra, eftersom faktiska förväxlingar bara kan uppkomma mellan två använda kännetecken.

Det framförda förslaget innebär att Kodakregelns betydelse skulle minska betydligt. Till den del regeln är tillämplig på urvattnande och degenererande användning av en annan näringsidkares kännetecken behåller den dock sitt värde, eftersom förväxling inte är någon absolut förutsättning för sådan användning. Däremot får den föreslagna regeln inte någon större inverkan för råttgiftsregelns betydelse, eftersom denna regel så gott som uteslutande tar sikte på sådan känneteckensanvändning som direkt skadar ett annat kännetecknens goodwill.

Till skillnad från vad som gäller i intrångsfallen är det vid förväxlingsbedömningen i registreringsförfarandet normalt att åtminstone något av de båda märkena inte används. Det är därför oftast

inte möjligt att påvisa förekomsten av några faktiska förväxlingar och den för intrångsmålen föreslagna ändringen av förväxlingsreglerna skulle därför få begränsad betydelse. Dessutom är det väsentligt att registreringsförfarandet går snabbt. Behovet av en förändring av förväxlingsreglerna är därför betydligt mindre såvitt gäller registreringsförfarandet. Som redan påpekats[48] kan det dock diskuteras om inte förväxling trots frånvaro av varuslagslikhet även i registreringsförfarandet bör anses föreligga om innehavaren av det mothållna märket snabbt och otvetydigt kan visa att parallell användning av de båda märkena har medfört faktiska förväxlingar.

Känneteckensinnehavaren har en vidsträckt möjlighet att disponera över sin kännetecknsrätt bl a genom att lämna medgivande till registrering av förväxlingsbara varumärken och genom att underlåta att ingripa mot varumärkesintrång. Det är svårt att komma till någon annan slutsats än att detta måste innebära att varumärkets särskiljningsfunktion främst anses ha betydelse för varumärkesinnehavarna. Teoretiskt kan dock även tänkas att varumärkeslagens regler är resultatet av uppfattningen att det skydd ett varukännetecken får är vidare än vad som fordras för att motverka faktiska förväxlingar. Med tanke på den stora betydelse från konsumentsynpunkt som varumärkets särskiljningsfunktion har, är det enligt min mening motiverat att i högre grad än som skett[49] beskära möjligheten att efter medgivande kunna registrera förväxlingsbara varumärken i de fall det mothållna märket används eller kan förväntas komma att börja användas för sådana varor att parallell användning av de båda kännetecknen kan medföra uppkomsten av faktiska förväxlingar. Även om PRV trots lämnat medgivande vägrat registrering av ett märke på grund av att det ansetts uppenbart vilseledande, är det i dag i praktiken möjligt för registreringssökanden att ta märket i bruk. Det allmänna bör i betydligt högre grad än för närvarande utnyttja möjligheterna att med stöd av 35 § VmL och 2 § MFL förbjuda användningen av faktiskt förväxlingsbara varukännetecken. Eftersom det för åklagarmyndigheten måste framstå som en mycket perifer uppgift att

48. Se ovan s 277.
49. Se ovan s 279 ff.

föra talan om användningen av faktiskt förväxlingsbara varukännetecken talar starka skäl för att flytta över denna uppgift till KO, för vilken ju övervakning av företagens marknadsföring utgör den centrala verksamheten. Liknande tankar framfördes för övrigt redan 1966 av riktprisutredningen.[50]

Det kan diskuteras huruvida KO härvid skall ha möjlighet att ingripa mot faktiskt förväxlingsbara varukännetecken endast med stöd av 35 § VmL eller om han även skall ha möjlighet att direkt åberopa 4 och 6 §§ VmL. För det senare talar att sistnämnda stadganden direkt tar sikte på förväxlingar. Med den tolkning som 35 § ovan givits saknar dock spörsmålet större praktisk betydelse.

Kännedomen om ett tidigare i betydande omfattning använt märke kan leva kvar en avsevärd tid efter det att märket upphört att brukas. Som exempel kan nämnas att varumärket LJUNGLÖFS för snus 1970 ansågs inarbetat, trots att märket då inte använts på över 50 år.[51] En särskild fråga är vilka möjligheter till ingrepp som står till buds om en näringsidkare börjar använda ett kännetecken som är förväxlingsbart med ett äldre, fortfarande inarbetat kännetecken vars innehavare upphört att vara näringsidkare eller helt att existera. I sistnämnda fall är det ju uppenbart att innehavaren inte kan agera. Det är dock också helt klart att användningen av kännetecken som är förväxlingsbara med sådana äldre kännetecken kan orsaka faktiska förväxlingar. Det finns då inte heller några hinder mot att talan förs enligt 35 § VmL eller 2 § MFL.

4.4.2 Förväxlingsbedömningen enligt marknadsföringslagen

I motiveringarna till de ärenden rörande vilseledande om kommersiellt ursprung som marknadsdomstolen avgjort berörs oftast förväxlingsbedömningen mycket flyktigt och några riktlinjer för denna ges inte heller i förarbetena.

Allmänt gäller vid bedömningen av om en marknadsföringsåtgärd är förenlig med 2 § MFL att det är åtgärdens faktiska ef-

50. SOU 1966: 48 s 127.
51. RÅ 1970 s 74 (= NIR 1971 s 328).

fekter som är avgörande. Detta visar sig bland annat i att även framställningar som inte innehåller några oriktiga uppgifter men som ändå ger ett vilseledande intryck är otillåtna.[52] Härav följer att vilseledande om kommersiellt ursprung bör anses föreligga så snart förekomsten av representativa faktiska förväxlingar kan visas. Till skillnad från vad som gäller enligt varumärkeslagen är således förväxling enligt marknadsföringslagen inget tekniskt begrepp. Något krav på varuslagslikhet bör därför inte uppställas. Så har inte heller skett i praxis men å andra sidan har sådan likhet förelegat i alla de ärenden marknadsdomstolen avgjort. Eftersom omfattningen av och sättet för de ifrågavarande kännetecknens användning är avgörande för om förväxlingar uppkommer eller inte, saknar det också helt relevans om det äldre kännetecknet är registrerat eller inte.

Generellt gäller enligt marknadsföringslagen att förbud bara kan meddelas mot marknadsföringsåtgärder som är ägnade att påverka efterfrågan på den marknadsförda produkten.[53] Villkoret kan vara uppfyllt både vid förväxling i snävare respektive vidare mening,[54] särskilt som det i övrig praxis synes ha haft begränsad betydelse.[55] Detta framgår av SparKronan-målet där marknadsdomstolen fann att det förelåg en klar risk att användningen av firmadominanten SPARKRONAN medförde att konsumenterna fick uppfattningen att firman hade anknytning till en sparbank och lade detta till grund för ett förbud.[56] Det fordrades däremot inte att konsumenterna sammanblandade de båda kännetecknen.

---

52. Prop 1970: 57 s 68, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 117 ff, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 75 ff.
53. SOU 1966: 71 s 94, prop 1970: 57 s 67, 94, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 117 f, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 77.
54. Se härom ovan s 210.
55. Regeln har dock haft betydelse i MD 1972: 15 (= PKF 1972: 10 s 106), KO — Mobil Oil ang kombinationserbjudande av obetydligt värde. Märk även MD 1976: 17 (= NIR 1976 s 409), Honungsfallet och MD 1978: 6, KO — Trygg och Young & Rubicam. I det senare målet hade Trygg i annonser för försäkringar låtit vissa privatpersoner uttala sig om sina erfarenheter av bolagets tjänster. I verkligheten var emellertid de åberopade personerna fiktiva. De personer bilderna visade bar andra namn och hade inga erfarenheter av Tryggs tjänster. MD ansåg att annonserna var otillbörliga bl a eftersom det i målet ansågs visat att intygsannonser hade en mer övertygande inverkan på läsarna än traditionella annonser.
56. MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410).

Faktiska förväxlingar behöver dock ej ha förekommit för att vilseledande om kommersiellt ursprung skall anses föreligga. Generellt gäller nämligen enligt marknadsföringslagen att det avgörande för otillbörlighetsbedömningen är om det kan förväntas att konsumenterna kan komma att bli vilseledda av den ifrågavarande marknadsföringsåtgärden.[57] När det rör sig om kännetecken som använts i mer betydande omfattning och där några särskilda bevissvårigheter ej föreligger, kan dock bristen på bevis om faktiska förväxlingar vara ett indicium på att några sådana inte heller förekommit.

I praxis har inte berörts vilken personkategoris uppfattning som skall vara avgörande för förväxlingsbedömningen. Som allmän huvudregel enligt 2 § MFL gäller dock att när det är fråga om en marknadsföringsåtgärd som vänder sig till allmänheten så skall man vid otillbörlighetsbedömningen utgå från en genomsnittskonsument med "normal" fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap.[58] Vid åtgärder som riktar sig till barn eller sjuka, vilka antas vara särskilt lättpåverkade, skall särskilt stränga krav uppställas.[59] Det förefaller dock tveksamt om sjuka verkligen är mer benägna att begå förväxlingar än andra personer-kategorier och det kan därför diskuteras om förväxlingsbedömning verkligen bör vara strängare så snart kännetecknen primärt riktar sig till sådana per-

57. Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 112 f, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 79. Samma tolkningsprincip skall användas vid bedömning enligt Internationella handelskammarens grundregler för reklam enligt vad som anges i dessa. Från praxis bl a MD 1972: 9 (= PKF 1972: 6—7 s 145), Rymd drinkpulver, där majoriteten och minoriteten hade olika uppfattningar om hur konsumenterna uppfattade den ifrågavarande förpackningen och MD 1975: 20, Philips färg-TV, där marknadsdomstolen uttalade:
"Marknadsdomstolen anser i likhet med KO att texterna i rubrikstil genom den formulering de erhållit ger intrycket att den senare texten utgör svaret på frågan i den första. Detta *får antas* leda till att vissa konsumenter vid en hastig genomläsning av annonserna bibringas den uppfattningen att annonserna innehåller faktiska påståenden om att Philips färg-TV har bättre bild än andra TV-märken" (kurs här).
58. SOU 1966: 71 s 97, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 113.
59. Prop 1970: 57 s 69, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 114 f, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 82 ff. Från praxis MD 1972: 2 (= PKF 1972: 4 s 93), magnetisk hälsodyna, MD 1972: 13 (= PKF 1972: 10 s 98), samlarserien Vilda Västern, MD 1973: 25 (= PKF 1974: 1 s 80), Bullworker, MD 1974: 18 (=PKF 1974: 10 s 83), AYO-bantningstabletter, MD 1975: 28 och MD 1976: 3, båda Happy Figure, MD 1978: 24, elektriska hälplattor och MD 1978: 25, sovdynan Hypno Relax.

soner. Vidare bör man enligt litteraturuttalanden, med tanke på marknadsföringslagens konsumentskyddande syfte, i tveksamma fall utgå från uppfattningen hos en konsument vars fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap ligger under genomsnittet.[60] I marknadsdomstolens praxis finns också några avgöranden som tyder på att konsumenterna måste ha antagits vara mycket "lättlurade".[61] Till skillnad från vad som uttalats av utredningen om illojal konkurrens och i litteraturen[62] förefaller marknadsdomstolen uppställa lika stränga krav när marknadsföringen riktar sig till näringsidkare som när den riktar sig till konsumenter. I målet mellan VECTU och Expressen[63] uttalade nämligen domstolen:

"Inte heller Expressens invändning, att marknadsföringen likafullt är godtagbar med hänsyn till att den riktar sig till en mottagarkrets som är särskilt kvalificerad, kan enligt marknadsdomstolens mening förändra bedömningen att marknadsföringsåtgärden är otillbörlig. Att mottagarkretsen är särskilt kvalificerad skulle rentav kunna åberopas till stöd för sökandeföretagets talan. Kvalificerade mottagare kan nämligen sägas ha särskild anledning räkna med att reklam som vänder sig till dem är korrekt."[63]

Branschfolk torde dock normalt vara mindre benägna att begå förväxlingar än vanliga konsumenter och trots marknadsdomstolens uttalande torde därför, i likhet med vad som gäller vid förväxlingsbedömningen enligt varumärkeslagen, mer närliggande kännetecken än normalt kunna accepteras om de endast vänder sig till fackfolk.

---

60. Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 113, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 80 f.
61. Det tydligaste exemplet torde vara MD 1971: 5 (= PKF 1971: 10 s 112), Minden. Marknadsdomstolens majoritet uttalade där bl a:
"Genom att annonsen som huvudsaklig beståndsdel har en bild av friskt vatten i naturmiljö leder den, såsom konsumentombudsmannen framhållit, tanken till företeelser vilka betraktas som symboler för hälsa och sundhet. Marknadsrådet biträder konsumentombudsmannens uppfattning jämväl i det avseendet, att bildens association till sundhet kommer själva rökningen av cigarretten till godo. Annonsen är därmed ägnad att framkalla föreställningen om cigarrettrökningen såsom något positivt. Med hänsyn härtill måste annonsen — mot bakgrund av de insikter som numera vunnits om den med tobaksrökning förenade avsevärda hälsofaran — betecknas som otillbörlig i marknadsföringslagens mening."
62. SOU 1966: 71 s 97 f, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 113.
63. MD 1977: 8.
64. Se även MD 1974: 12 (= PKF 1974: 5—6 s 126), Exynol Miljö.

Det kan således konstateras att den person som används som måttstock vid otillbörlighetsbedömningen snarast torde vara mer benägen att begå förväxlingar än den person som används som måttstock vid förväxlingsbedömningen enligt varumärkeslagen.

Vid otillbörlighetsbedömningen utgår man från uppfattningen hos *en* tänkt genomsnittskonsument. Det är därför naturligt att det varken i förarbetena eller i marknadsdomstolens praxis berörs hur många konsumenter som skall riskera att vilseledas för att en marknadsföringsåtgärd skall vara otillbörlig. Det är därför osäkert vilket krav domstolen skulle uppställa om det någon gång blir aktuellt. Som jämförelse kan nämnas att förbud enligt 3 § i den tyska UWG kan ske så snart en inte helt negligerbar del av de personer åtgärden riktar sig till ("ein nicht völlig unbeachtlicher Teil der Verkehrskreise") vilseleds.[65] Klart är emellertid att en vilseledande åtgärd inte är godtagbar bara för att den riktar sig till ett mycket begränsat antal personer. Det är t ex inte tillåtet att använda oriktiga uppgifter i en annons bara för att annonsen är intagen i en tidning med mycket liten upplaga.

Det krav på inarbetning som marknadsdomstolen påstår sig uppställa som förutsättning för ingrepp mot vilseledande om kommersiellt ursprung och som ovan kritiserats[66] framstår dock som ett undantag från det här sagda. Särskilt om det ifrågavarande kännetecknet vänder sig till hela allmänheten medför ju inarbetningskravet att ett mycket stort antal personer måste riskera att vilseledas för att ett förbud skall kunna meddelas. Något motiv för att uppställa strängare krav för ingrepp vid denna typ av vilseledande är dock svårt att finna. Inarbetningskravet står således i mindre god överensstämmelse med de normer som gäller för andra typer av vilseledanden än vilseledande om kommersiellt ursprung.

Angående vilken situation som skall ligga till grund för förväxlingsbedömningen anförde marknadsdomstolen i Blomin-fallet[67] att avgörande inte bör vara om de båda kännetecknen sedda samtidigt kan skiljas åt, utan istället om likheten mellan kännetecknen är

65. Baumbach-Hefermehl I, § 3 anm 28.
66. Se ovan s 199 ff.
67. MD 1974: 5 (= NIR 1974 s 330, PKF 1974: 5—6 s 83). Se även MD 1972: 10 (= NIR 1972 s 463, PKF 1972: 9 s 90), Catalina.

sådan att de skapar i det väsentliga samma minnesbild hos konsumenten. Samma situation är således avgörande både enligt varumärkeslagen och marknadsföringslagen. Generellt gäller också att hänsyn skall tas till att reklam ofta läses flyktigt.[68]

Eftersom konsumenternas och konkurrenternas faktiska uppfattningar av de ifrågavarande kännetecknen är helt avgörande för om vilseledande om kommersiellt ursprung föreligger, bör man givetvis vid förväxlingsbedömningen ta hänsyn till alla de omständigheter som påverkar dessa personkategoriers uppfattningar.

I marknadsdomstolens motiveringar behandlas oftast både förväxlingsbedömningen i sin helhet och den däri ingående märkeslikhetsbedömningen mycket kortfattat. I AGI-,[69] Kevi-[70] och Fiskars-avgörandena[71] är detta särskilt naturligt, eftersom de i målen aktuella kännetecknen sinsemellan var identiska eller nästan identiska. Att käromålen inte bifölls i de två sistnämnda ärendena beror således inte till någon del på bristande likhet hos kännetecknen.

Stora likheter förelåg också mellan jackorna i Catalina-fallet[72] samt mellan förpackningarna i Blomin-[73] och Philip-Morris-avgörandena.[74] Samtliga objekt i dessa tre avgöranden var dock även märkta med respektive ordmärke. I Catalina- och Blominfallen ansågs detta inte neutralisera förväxlingsrisken, eftersom ordmärkena bedömdes ha begränsad betydelse för utseendet hos den minnesbild kännetecknen i sin helhet gav upphov till. Däremot ansågs förekomsten av ordmärket ROYAL på den cigarrettask som var aktuell i Philip Morris-avgörandet ha bidragit till att förväxlingar ej uppkom, trots cigarrettpaketens stora likheter i övrigt. Att förekomsten av ordmärket på förpackningen tillmättes större betydelse i detta fall motiverades av att den aktuella cigarrettförpackningen var av vanligt förekommande typ, att cigarretterna

68. SOU 1966: 71 s 97, prop 1970: 57 s 68, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 118 f, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 80. Från praxis bl a MD 1975: 20, Philips färg-TV.
69. MD 1973: 15 (= NIR 1973 s 462, PKF 1973: 7—8 s 107).
70. MD 1976: 11 (= NIR 1976 s 407).
71. MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243).
72. MD 1972: 10 (= NIR 1972 s 463, PKF 1972: 9 s 90).
73. MD 1974: 5 (= NIR 1974 s 330, PKF 1974: 5—6 s 83).
74. MD 1976: 19 (= NIR 1976 s 412).

vanligen försåldes genom personlig försäljning, att ett ordmärke då har förhållandevis större betydelse samt att cigarrettkonsumenter i stor omfattning har en hög märkeslojalitet. Proportionellt sett ansågs således ordmärken i jämförelse med övriga kännetecken ha större betydelse för konsumenternas minnesbild när det gäller cigarretter än när det gäller växtgödningsmedel. Detta förefaller också naturligt.

Rörande likhetsbedömningen mellan ordmärken är bara ett avgörande av intresse nämligen SparKronan-fallet.[75] Här fastslog marknadsdomstolen att både firman "FASTIGHETS AB SPARKRONAN" och firman "FASTIGHETSMÄKLARNA SPARKRONAN, HÖÖK OCH BOKELUND AB" var förväxlingsbara med kännetecknen EKKRONAN respektive SPAREKEN. Avgörandet tyder på att vilseledande om kommersiellt ursprung kan anses föreligga även om inte obetydliga skillnader föreligger mellan vid en helhetsbedömning mer perifera delar av kännetecknen. Åtminstone synes detta gälla om kännetecknen, liksom i SparKronan-fallet, kan uppfattas som ingående i samma "kännetecknsfamilj".

Märkeslikhetsbedömningen i SparKronan-målet ger ett allmänt intryck av att ligga väl i linje med förväxlingsbedömningen enligt varumärkeslagen. I vilken mån marknadsdomstolen mer allmänt kommer att ansluta sig till de bedömningsnormer som utvecklat sig enligt denna lag är dock ännu alltför tidigt att yttra sig om.

Vissa av de principer som gäller för förväxlingsbedömningen enligt varumärkeslagen kan dock inte tillämpas på motsvarande sätt enligt marknadsföringslagen. Vid förväxlingsbedömningen enligt varumärkeslagen har till exempel eventuella skillnader i storlek mellan de inblandade kännetecknen ingen betydelse, eftersom alla varukännetecken skyddas oavsett storlek. Likaså erhåller ett registrerat varumärke skydd i alla färgkombinationer såvida inte kännetecknet utgörs just av själva färgkombinationen. Motsvarande regler gäller dock inte enligt marknadsföringslagen, eftersom det avgörande enligt denna lag är om faktiska förväxlingar kan förväntas uppkomma och likheter respektive olikheter mellan känne-

75. MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410).

tecknens storlekar och färger kan påverka förväxlingsbenägenheten i ena eller andra riktningen. I både Catalina- och Blominmålen[76] bidrog också den stora likheten mellan kännetecknens storlekar till att dessa ansågs förväxlingsbara.

76. MD 1972: 10 (= NIR 1972 s 463, PKF 1972: 9 s 90) resp MD 1974: 5 (= NIR 1974 s 330, PKF 1974: 5—6 s 83).

5 Varumärkesrättens omfattning avseende användningsområde och användningssätt

För att vilseledanden om kommersiellt ursprung skall kunna förhindras krävs inte bara att förväxlingsreglerna är så utformade att användningen av varukännetecken som är så lika varandra att de faktiskt kan förväxlas är förbjuden, utan det fordras även att ensamrätten är så omfattande, att en näringsidkare inte kan använda en annans kännetecken på ett sådant sätt att allmänheten härav får intrycket att det är hans eget. Varumärkesrättens omfattning avseende användningsområde och användningssätt skall därför nedan genomgås i syfte att undersöka huruvida detta krav är uppfyllt eller om skyddet på någon punkt är så begränsat att även en kännetecknsanvändning som ger upphov till vilseledanden om kommersiellt ursprung inte kan påtalas. Vidare skall undersökas om kännetecknsinnehavaren har så stor frihet att disponera över sin kännetecknsrätt att hans egna åtgärder kan medföra vilseledanden om kommersiellt ursprung. Jag vill poängtera att genomgången bara tar sikte på vilseledanden om kommersiellt ursprung. Den syftar alltså inte till att i mer fullständig omfattning klarlägga rättsläget i de berörda situationerna.

5.1 Näringsverksamhet. Kännetecknsanvändning

En grundläggande begränsning i ensamrätten till ett varukännetecken är att den bara omfattar kännetecknets användning i näringsverksamhet. Privat användning av kännetecken faller således utanför varumärkesrätten. Att en konsument förser en av honom brukad vara med någon annans varumärke innebär alltså inte varumärkesintrång.[1]

1. SOU 1958: 10 s 236.

En praktiskt sett betydligt viktigare begränsning är att ensamrätten bara omfattar kännetecknets användning just som kännetecken.[2] Detta innebär bl a att det är tillåtet att använda en annan näringsidkares varumärke som prydnad.

Det sagda illustreras av ett känt avgörande rörande Chalmersringen.[3] Elevkåren vid Chalmers hade träffat ett avtal med en guldsmed A om att tillverka ringar med ett särskilt mönster. Guldsmeden registrerade detta mönster som sitt varumärke. Efter avtalstidens utgång ingick elevkåren ett nytt tillverkningsavtal med en annan guldsmed B. En tredje guldsmed C, som förvärvat A:s varumärkesrätt, stämde därefter B och påstod att denne gjorde intrång i C:s varumärkesrätt genom att tillverka och sälja Chalmersringar. Högsta domstolen ansåg emellertid att mönstret på ringarna inte använts som kännetecken utan endast för att utmärka att dess bärare avlagt examen vid Chalmers och att tillverkningen och försäljningen av ringarna därför inte kunde utgöra varumärkesintrång.

I princip omfattar ensamrätten till ett varukännetecken all kännetecknsanvändning. Några undantag finns dock och dessa skall i det följande undersökas.

5.1.1 Konsumtionsprincipen

Det mest omfattande undantaget från regeln att kännetecknsinnehavaren har ensamrätt att i näringsverksamhet använda sitt varukännetecken just som kännetecken för sina varor torde vara, att när innehavaren en gång överlåtit den av honom märkta varan så kan denna fritt överlåtas vidare, uthyras o dyl utan innehavarens tillstånd. Vidareöverlåtaren får härvid också använda kännetecknet i sin marknadsföring av varorna på sådant sätt som fordras för att han skall kunna informera allmänheten om vad han säljer. Varumärkesinnehavarens ensamrätt att sälja ett exemplar av en vara under sitt eget varukännetecken är med andra ord begränsad till första överlåtelsen.

Denna regel brukar ofta uttryckas så att varumärkesrätten vid

2. A a s 236 f.
3. NJA 1937 s 209 (= NIR 1937 s 69). Se även Svea Hovrätts dom 2.11. 1977, nr DT 22, stjärnmärken.

första överlåtelsen konsumeras med avseende på den överlåtna varan och man talar därför om konsumtionsprincipen.[4] Principen, som utvecklats i tysk litteratur,[5] återfinns även inom patent-, mönster- och, i något annan utformning, upphovsrätten. Även om principen sålunda gäller inom hela immaterialrätten kan den, åtminstone såvitt angår varumärkesrätten, inte sägas ha något värde i sig, utan de regler som följer av principen motiveras istället av konkurrensskäl. Mot bakgrund av den konkurrensideologi som ligger till grund för den svenska konkurrensbegränsningslagstiftningen framstår det som självklart att en varumärkesinnehavare ej kan få råda över all vidareförsäljning mm av sina varor, eftersom en sådan regel uppenbarligen skulle leda till synnerligen starka konkurrensbegränsningar. Någon ökad risk för vilseledanden om kommersiellt ursprung medför konsumtionsprincipens regler inte heller.

5.1.1.1 Parallellimport och andra importsituationer

En grundläggande princip inom varumärkesrätten är att ensamrätten till ett varumärke uppkommer i varje stat för sig enligt statens interna lagstiftning. En näringsidkare som önskar skydd för sitt varumärke i t ex alla de nordiska länderna måste därför registrera eller inarbeta sitt märke i varje land för sig (i Danmark fordras endast ibruktagande). Likaså bestäms omfattningen av varumärkesskyddet av det ifrågavarande landets interna lagstiftning och det har inte heller någon betydelse för t ex den svenska varumärkesrättens bestånd om t ex registreringen av märket hävs i Finland. Formellt betyder detta att en näringsidkare som har skyddat sitt varumärke i alla de nordiska länderna har en dansk varumärkesrätt, en finsk varumärkesrätt, en norsk varumärkesrätt o s v. Det sagda brukar uttryckas med att varumärkesrätten är territoriellt begränsad, en regel som gäller i alla stater, låt vara att varumärkesrätten inte alltid är begränsad till statens eget territorium.

---

4. Se härom i nordisk litteratur särskilt Blok, Patentrettens konsumtionsprincip och Koktvedgaard, Konsumtionsprincippet indenfor immaterialretten, JFT 1970 s 227 ff.
5. Se härom Blok, a a s 23 f.

Vidare har ovan konstaterats att när kännetecknensinnehavaren i ett visst land sålt en vara som är märkt med hans kännetecken så kan han därefter inte på varumärkesrättslig grund hindra att varan i samma land säljs vidare eller uthyrs m m under hans kännetecken. Frågan är nu om detsamma gäller även om vidareförsäljningen sker i ett annat land än det där kännetecknensinnehavaren först överlät sin vara. Uttryckt med konsumtionsprincipens terminologi är problemet om den första överlåtelsen av varorna bara medför att varumärkesrätten konsumeras i det land där överlåtelsen skedde eller om den konsumeras även i andra länder.

Internationellt finns en synnerligen omfattande litteratur om parallellimport och andra importsituationer. Härtill har EG-rättens komplicerade regler kraftigt bidragit. I denna litteratur har såväl innebörden av konsumtionsprincipen och principen om varumärkesrättens territoriella begränsning som den för EG-rätten specifika principen om fria varurörelser diskuterats mycket ingående. En genomgång av denna litteratur fordrar en egen avhandling och den kommer därför inte att beröras närmare här. Som redan sagts är syftet istället endast att undersöka vad de regler som vuxit fram i praxis betyder för varumärkets möjlighet att fylla funktionen att särskilja varor och tjänster efter deras kommersiella ursprung.

De importsituationer som kan bli aktuella kan indelas i tre olika grupper nämligen

1. då det inte föreligger något som helst ekonomiskt, tekniskt eller annat samband mellan den näringsidkare som försett varorna med sitt varumärke och därefter överlåtit dem och den näringsidkare som är innehavare av ifrågavarande varumärke i den stat dit varorna sedermera importerats, d v s en situation då beteckningen parallell- eller sidoimport inte är adekvat,
2. då den näringsidkare som försett varorna med sitt varumärke och fört ut dem på marknaden även är innehavare av det aktuella varumärket i den stat dit varorna sedermera importeras samt
3. då det visserligen inte är samma näringsidkare som försett varorna med sitt varumärke och fört ut dem på marknaden och som är innehavare av varumärket i det land varorna därefter importeras till, men där det råder ett visst samband mellan dem.

Som exempel på en situation som tillhör grupp 1 kan nämnas följande: En finsk näringsidkare tillverkar och säljer där varor som han förser med varumärket X. Produkterna köps av en grossist som i sin tur säljer dem vidare till Sverige där varumärket X innehas av en tredje näringsidkare. Grossisten gör sig då skyldig till varumärkesintrång. Detta framgår direkt av ordalydelsen hos 4 § VmL där det stadgas att ingen annan än kännetecknsinnehavaren har rätt att använda ett med dennes kännetecken förväxlingsbart sådant på varor som hit införes. Regeln är en förutsättning för att varumärket skall kunna fylla sin särskiljningsfunktion, eftersom produkter med helt olika kommersiellt ursprung annars skulle kunna säljas under identiska varumärken. Rättsläget torde på denna punkt också vara detsamma enligt alla staters nationella lagstiftning. Däremot finns undantag från regeln inom EG-rätten.[6]

Inte heller situationer av typ 2 ger upphov till någon tvekan om rättsläget. Om en och samma näringsidkare är varumärkesinnehavare både i t ex Sverige och Finland kan denne inte hindra att varor som han sålt i Finland därefter säljs vidare till Sverige. Det har ingen betydelse om näringsidkaren tillverkar alla sina varor i Finland eller om de som är avsedda för den svenska marknaden tillverkas här. Detta framgår av högsta domstolens avgörande i Polycolor-målet,[7] som närmare kommer att beröras i det följande, där det uttalas

"Av allmänna varumärkesrättsliga grundsatser följer, att en fabrikant, som försett sina varor med sitt varumärke och fört ut dem på marknaden, ej kan hindra att varorna vid vidareförsäljning inom landet tillhandahålles under det av fabrikanten åsatta märket. Detsamma får anses vara fallet även när varan införes och vidareförsäljes i annat land, där fabrikanten åtnjuter skydd för sitt varumärke, i allt fall om varan till sin beskaffenhet överensstämmer med de varor som i detta land tillhandahålles under varumärket."

Det kan noteras att högsta domstolen i sitt ovan citerade uttalande använder ordet "fabrikant" istället för det enligt min mening mer

6. Se nedan s 321 ff.
7. NJA 1967 s 458 (= NIR 1968 s 404). Uttalandet ligger helt i linje med vad departementschefen uttalade i anledning av vissa remissinstansers kritik mot varumärkes- och firmautredningens lagförslag, se prop 1960: 167 s 66 f, 71. Se även 1 LU 1960: 39 s 34.

närliggande ordet "näringsidkare". Eftersom varumärkeslagen inte gör någon skillnad mellan varumärken som innehas av fabrikanter och varumärken som innehas av andra näringsidkare förefaller det dock inte troligt att högsta domstolens ordval är avsett att inskränka den omtalade principens tillämplighetsområde till märken som innehas av fabrikanter.

Rättsläget vid denna typ av parallellimport är numera detsamma i alla med Sverige jämförbara länder. Några nackdelar från konsumentsynpunkt innebär regeln inte, eftersom alla de varor som säljs under samma varumärke också har samma kommersiella ursprung. Däremot skulle en regel med motsatt innebörd medföra starka konkurrensbegränsande effekter. För det fall konkurrensläget på marknaden medger det, skulle då en varumärkesinnehavare kunna sälja sina varor till betydligt högre priser i Sverige än utomlands, eftersom han med stöd av sin varumärkesrätt skulle kunna hindra de utomlands sålda varorna från att importeras hit. Tillåtligheten av parallellimport försvårar med andra ord möjligheten att prisdifferentiera mellan olika länder.

Det förekommer att de varor en näringsidkare säljer i Sverige har andra egenskaper än de han säljer utomlands. Om sistnämnda varor parallellimporteras kommer då i Sverige varor som visserligen har samma kommersiella ursprung men olika egenskaper att säljas under identiska varumärken. Detta är givetvis från konsumentsynpunkt mindre lämpligt. Högsta domstolen markerar också i sitt ovan citerade uttalande i Polycolor-målet att det inte är säkert att parallellimport är tillåten i en sådan situation. Enligt strikt varumärkesrättsliga principer har dock varumärket inte till funktion att ange något om de kännetecknade varornas egenskaper och det förefaller därför osannolikt att parallellimport skulle förbjudas så snart de varor som parallellimporteras inte är identiska med de kännetecknsinnehavaren själv marknadsför här under märket ifråga.[8] Det kan nämnas att i ett ledande tyskt avgörande, Cinzano-målet,[9] parallellimporten ansågs tillåten trots egenskapsskillnader hos varorna. Det vilseledande kännetecknet i sådana situationer

8. Blok, Immaterialrettighederne och den fri varucirkulation inden for EF, NIR 1975 s 439.
9. GRUR 1973 s 468 med kommentar av Heydt, GRUR Int 1973 s 562 med kommentar av Beier.

kan medföra får istället förhindras genom att kännetecknensinnehavaren med stöd av 3 § MFL åläggs att informera konsumenterna om, att de varor han säljer utomlands har andra egenskaper än de han säljer här och att parallellimportören åläggs att tala om, att hans varor är sidoimporterade och att deras egenskaper därför kan skilja sig från egenskaperna hos de produkter kännetecknensinnehavaren själv säljer här. En förutsättning för utfärdandet av sådana åligganden är dock givetvis, att skillnaden mellan produkterna är så stor att det har särskild betydelse från konsumentsynpunkt att konsumenterna informeras om dem.

Vi kommer nu till fall av typ 3, d v s när det visserligen inte är samma näringsidkare som försett varorna med sitt kännetecken och fört ut dem på marknaden och som är varumärkesinnehavare i det land vartill varorna importeras, men där det råder ett visst samband mellan dem. En sådan situation förelåg i det kända Polycolor-målet.[10]

Hårfärgningsmedlet POLYCOLOR och hempermanentningsmedlet POLYLOCK tillverkades dels i Tyskland av ett företag vid namn Therachemie, dels, för den skandinaviska marknaden, i Danmark av Skandinavisk Henkel AS, ett företag tillhörande samma koncern som Therachemie. Rätten till de nämnda varumärkena innehades i Tyskland av Therachemie och i Sverige av Skandinavisk Henkel. En utanförstående näringsidkare köpte POLYCOLOR och POLYLOCK av återförsäljare i Tyskland och sålde dessa i Sverige. Skandinavisk Henkel gjorde gällande att detta innefattade varumärkesintrång. Högsta domstolen yttrade i sin dom bl a följande:

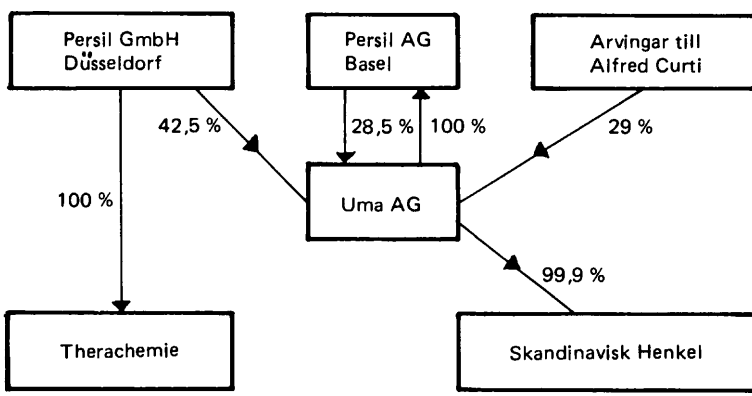
> "Av allmänna varumärkesrättsliga grundsatser följer, att en fabrikant, som försett sina varor med sitt varumärke och fört ut dem på marknaden, ej kan hindra att varorna vid vidareförsäljning inom landet tillhandahålles under det av fabrikanten åsatta märket. Detsamma får anses vara fallet även när varan införes och vidareförsäljes i annat land, där fabrikanten åtnjuter skydd för sitt varumärke, i alla fall om varan till sin beskaffenhet överensstämmer med de varor som i detta land tillhandahålles under varumärket. I enlighet med vad som uttalats under förarbetena till varumärkeslagen bör ifråga om registrerat varumärke motsvarande gälla även när annan än fabrikanten registrerat varumärket i importlandet och kan sägas inneha registreringen såsom representant för fabrikanten eller eljest

10. NJA 1967 s 458 (= NIR 1968 s 404).

på dennes vägnar. Detsamma bör även gälla när varumärkesinnehavaren på grund av koncernförhållande eller eljest intar en helt osjälvständig ställning till fabrikanten."[11]

Högsta domstolen ansåg att Skandinavisk Henkel intog en sådan osjälvständig ställning och parallellimporten utgjorde därför inte varumärkesintrång.

Polycolor-målet innebar en brytning med tidigare praxis som byggde på en mer formell inställning.[12] Av målet följer således att om varumärkesinnehavaren i Sverige endast innehar varumärkesrätten som representant för den näringsidkare som försett varorna med sitt kännetecken eller eljest intar en helt osjälvständig ställning i förhållande till denne, så kan den svenske varumärkesinnehavaren inte hindra parallellimport. Däremot angavs inte vad som krävs för att sistnämnde skall anses inta en osjälvständig ställning på annat sätt än genom att Henkelbolaget ansågs göra det i förhållande till Therachemie och att Henkelbolaget därför inte kunde anses inneha registreringarna av POLYCOLOR och POLYLOCK annat än som företrädare för sistnämnda företag. Av utredningen i målet framgick att nedan visade ägarförhållanden rådde, vilka tyder



Persil Basel hade vidare optionsrätt till de aktier som ägdes av Alfred Curtis arvingar.

11. De förarbeten som åsyftas är prop 1960: 167 s 71 och 1 LU 1960: 39 s 34.
12. NJA 1912 B 81 (NEW DEPARTURE), NJA 1932 B 873 (ACADÉMIE SCIENTIFIQUE DE BEAUTÉ) och NJA 1960 s 457 (= NIR 1961 s 88, PRESTIGE). Se även NJA 1931 s 169 (MOSETIC BÄTTIST). Annan utgång dock i NIR 1933 s 148 (HIS MASTER'S VOICE).

på att både Therachemie och Skandinavisk Henkel styrdes av samma ägarintressen. Av det sagda följer att Polycolormålet med säkerhet bara berättigar till slutsatsen att en näringsidkare som intar en lika eller mer osjälvständig ställning än Skandinavisk Henkel gjorde inte kan hindra parallellimport.

Det förhållandet att de sidoimporterade varorna var tillverkade i Tyskland medan Henkelbolagets varor tillverkats i Danmark spelade inte någon roll för utgången. Det förefaller därför klart att import även är tillåten om de varor som enligt tillverkaren är avsedda för den svenska marknaden också är tillverkade här. I ett sådant fall är det dock oegentligt att tala om parallellimport.

En öppen fråga är om Polycolor-avgörandet utgjorde ett gränsfall eller om domstolarna är beredda att acceptera parallellimport även om sambandet mellan den näringsidkare som försett varorna med sitt kännetecken och marknadsfört dem och varumärkesinnehavaren i Sverige är svagare än det var i detta fall. Högsta domstolens motivering ger inte intrycket att domstolen ansett det vara fråga om ett gränsfall, men å andra sidan finns det heller ingenting som tyder på att parallellimport är tillåten även om sambandet är svagare.

Övrig nordisk rätt ger ingen större vägledning. För intern dansk rätts del hävdar Blok både att en dansk ensamförsäljare av ett utländskt företags varor inte kan hindra parallellimport av huvudmannens produkter och att ett danskt företag som där producerar varor inte kan hindra import av produkter som tillverkats av t ex ett tyskt moder-, dotter- eller systerföretag.[13] För sistnämnda falls del stöder han sig delvis på Polycolor-målet men går inte närmare in på hur starkt sambandet mellan varumärkesinnehavarna måste vara för att parallellimporten skall vara tillåten. Bland andra Plesner intar dock en annan ståndpunkt och anser att parallellimportens tillåtlighet måste avgöras efter en konkret värdering i varje enskilt fall.[14]

Den finska högsta domstolen har i ett avgörande från 1968 ansett att en huvudagent som med sin huvudmans samtycke registre-

13. Patentrettens konsumtionsprincip s 186 ff, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 438 f.
14. Anm av Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, UfR 1975 s 179.

rat varumärket FELICIA i Finland inte kunde hindra parallellimport av huvudmannens varor.[15]

I norsk rätt saknas både praxis och förarbetsuttalanden. Eftersom de nordiska varumärkeslagarna är så gott som identiska antar dock Gundersen och Bernitz att rättsläget är ungefär detsamma som i Sverige.[16]

I tysk rätt[17] godtar man parallellimport även om det samband som råder mellan den näringsidkare som försett varorna med sitt varumärke och varumärkesinnehavaren i Tyskland inte är så starkt att den senare intar en helt osjälvständig ställning i förhållande till den förstnämnde. Detta framgår av Cinzano-avgörandet.[18]

Ett tyskt dotterbolag till det italienska företaget Francesco Cinzano var innehavare av varumärket CINZANO i Tyskland och importerade dit spritvaror som var tillverkade i Italien. Det italienska företaget hade också ett dotterbolag i Spanien som där var varumärkesinnehavare och en licenstagare i Frankrike. En utanförstående näringsidkare köpte Cinzano-viner i Spanien och Frankrike och sålde dessa i Tyskland under varumärket CINZANO. Detta ansågs tillåtet.

Av avgörandet framgår inte närmare vilket förhållande som rådde mellan moderbolaget, dotterbolaget och licenstagaren. Att den franske licenstagaren skulle ha haft en osjälvständig ställning i förhållande till det tyska dotterbolaget förefaller inte troligt. Däremot hade sannolikt det italienska moderbolaget ett ganska avsevärt inflytande över samtliga inblandade företag. Det synes dock som om tysk praxis i och med detta avgörande har gått ett steg längre när det gäller att tillåta parallellimport än vad de svenska domstolarna hittills gjort. Som redan tidigare nämnts ansågs det inte ha någon betydelse att de inblandade produkternas egenskaper inte var helt identiska.

Parallellimport är också tillåten enligt engelsk och amerikansk common law. Enligt reglerna om "passing" och "palming off"

15. NIR 1969 s 96.
16. Gundersen-Bernitz, a a s 466 f.
17. En omfattande översikt över rättsläget i ett flertal stater ges i Ladas, a a s 1323 ff.
18. GRUR 1973 s 468 med kommentar av Heydt, GRUR Int 1973 s 562 med kommentar av Beier.

är ju det i princip avgörande för om varumärkesanvändningen är tillåten, om allmänheten vilseleds om de ifrågavarande produkternas kommersiella ursprung. I de situationer då varumärkesinnehavaren i importlandet framstår som en representant för den näringsidkare som i något annat land åsatt varorna sitt varumärke eller då dessa båda ingår i samma koncern kan emellertid importen inte leda till något sådant vilseledande och den är därför i princip tillåten.[19] Däremot anges i sec 4, st 3, p (a) i den engelska varumärkeslagen mer formella kriterier för när varumärkesanvändningen är tillåten eller inte.[20]

Trots den omtalade common law-principen är rättsläget i USA osäkert, särskilt såvitt gäller federalt registrerade varumärken. Klart är att parallellimport är tillåten om det företag som först sålt varorna också är varumärkesinnehavare i USA.[21] Däremot har Supreme Court i ett avgörande från 1923[22] intagit ståndpunkten att ett amerikanskt företag som i USA sålde fransktillverkade skönhetsmedel och som av det franska företaget förvärvat den amerikanska varumärkesrätten kunde hindra sidoimport från Frankrike med stöd av bestämmelserna i den dåvarande federala varumärkeslagen. Vilken betydelse detta avgörande numer har torde dock vara något tveksamt. Vidare har en distributör som byggt upp en egen goodwill kring huvudmannens varumärke i några avgöranden ansetts kunna hindra import av varor märkta med det ifrågavarande varumärket.[23]

Vidare kan här nämnas att United Nations Conference on Restrictive Business Practices i april 1980 antog ett utkast till "A Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices".[24] I detta utkast

19. Från engelsk praxis Revlon Inc et al v. Cripps & Lee et al, IIC 1980 s 372 med anm av Cornish. Jfr för amerikansk rätt Callman, a a vol 3 s 931 ff som dock hävdar att även parallellimport som inte orsakar något vilseledande om kommersiellt ursprung kan förbjudas, eftersom den kan medföra goodwillförluster för varumärkesinnehavaren i importlandet.
20. Se det i föregående not anförda avgörandet samt Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names s 293 f.
21. Ladas, a a s 1330.
22. A Bourjois & Co Inc v. Anna Katzel, 260 US 689, 13 TMR 69 (1923). Se härom Ladas, a a s 1337 f, McCarthy, a a vol 2 s 374 f.
23. Ladas, a a s 1332 f.
24. UNCTAD, document TD/RBP/CONF/L.11 s 5.

föreslås bl a att företag bör avstå från vissa handlingar som begränsar konkurrensen, har negativ effekt på den internationella handeln eller försvårar den ekonomiska utvecklingen inom u-länderna. Bland dessa handlingar märks

"restrictions on the importation of goods which has been legitimately marked abroad with a trademark identical or similar to the trademark protected as to the identical or similar goods in the importing country where the trademarks in question are of the same origin, i. e., belong to the same owner or are used by enterprises between which there is economic, organizational, managerial or legal interdependence and where the purpose of such restriction is to maintain artificially high prices".

Sedda från konsumentsynpunkt bör reglerna om parallell- och annan import uppfylla två villkor. För det första bör inte sådan import tillåtas som kan medföra vilseledanden om kommersiellt ursprung och för det andra bör importreglerna inte kunna utnyttjas i konkurrensbegränsande syfte. Båda dessa synpunkter talar för att import bör vara tillåten så snart denna inte kan leda till vilseledande om kommersiellt ursprung. Denna princip står uppenbarligen också helt i samklang med varumärkets huvudfunktion att särskilja olika varor just efter deras kommersiella ursprung. Ett problem är dock att det är mycket svårt att generellt uttala sig om när två näringsidkare utgör samma kommersiella ursprung. Det i princip avgörande måste emellertid vara hur starkt samband som råder mellan näringsidkarna ifråga såvitt gäller den aktuella produkten. Däremot har det begränsad betydelse om sambandet mellan näringsidkarnas totala verksamhet är mindre starkt. Två näringsidkare som utgör samma kommersiella ursprung såvitt gäller en vara behöver därför inte göra det såvitt gäller en annan.

Ett exempel kan belysa det sagda. Antag att en utländsk tillverkare av t ex segelbåtsvinschar har en licenstagare här i Sverige som tillverkar de vinschar som är avsedda för den svenska marknaden. Licenstagaren är här registrerad som innehavare av det varumärke vinscharna bär. Licensgivaren utövar en fullständig kontroll över tillverkningen och marknadsföringen av vinscharna. Vinschtillverkning utgör dock bara en liten del av licenstagarens verksamhet vilken också berör helt andra stålprodukter. Licensgivaren behöver i denna situation inte ha något bestämmande inflytande över licenstagarens totala verksamhet, men såvitt gäller just segelbåtsvinscharna, men bara dessa, är det ändå natur-

ligt att betrakta dem som samma kommersiella ursprung. Om en utanförstående näringsidkare köper upp licensgivarens vinschar i utlandet och importerar dem hit kan detta därför inte leda till några vilseledanden. Önskan att förhindra högre priser i Sverige än utomlands talar för att parallellimporten tillåts.

Vid bestämmandet av om parallell- eller annan import är tillåten eller inte bör å andra sidan observeras att importen kan innebära en viss snyltning. Detta gäller även om importören förvärvat varorna av någon enhet tillhörande det kommersiella ursprung som är varumärkesinnehavare i Sverige och det kommersiella ursprunget som helhet därför ändå inte blivit helt lottlöst. I en situation sådan som den i det nyssnämnda exemplet är det inte otroligt att licenstagaren lagt ner stora pengar på reklam och annan marknadsföring. Den goodwill som härigenom uppkommit kan importören utnyttja utan att det kostar honom något. Det råder ingen tvekan om att varumärkeslagstiftningen inte bara syftar till att skydda varumärkets särskiljningsfunktion utan även dess goodwill.[25] Skulle i någon situation tillåtligheten av import medföra en särskilt påtaglig snyltning på den svenska varumärkesinnehavarens goodwill synes därför importen kunna förbjudas även om inte något vilseledande om kommersiellt ursprung skulle uppkomma. I vilka situationer import skulle innebära alltför kraftig snyltning kan dock bara avgöras genom en konkret värdering av de motstående intressena (goodwillskyddet resp konkurrensbegränsningsaspekten) i varje enskilt fall. Som en följd av Polycolor-målet kan dock importen inte förbjudas, oavsett hur omfattande snyltningen är, om den svenske varumärkesinnehavaren intar en helt osjälvständig ställning i förhållande till den näringsidkare som försett varorna med sitt kännetecken och fört ut dem på marknaden.

Sammanfattningsvis kan sägas att parallell- och annan import i flera andra länder tillåts i större utsträckning än vad som följer av Polycolor-målet. Detta gäller i särskilt hög grad inom EG. Trots att EG-domstolens praxis främst bygger på specifikt EG-rättsliga principer kan den dock komma att få ett visst inflytande på svensk rätt och den skall därför något närmare beröras i det följande.

25. SOU 1958: 10 s 48. Det sagda har särskilt starkt understrukits av Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 171 ff.

Vidare har framgått att det från konsumentsynpunkt inte finns något skäl att förbjuda import så länge denna inte medför att konsumenterna vilseleds om varornas kommersiella ursprung. Tvärtom talar konkurrensbegränsningsöverväganden för att parallellimport då bör vara tillåten. Däremot kan även sådan import som inte leder till några vilseledanden framstå som en goodwillsnyltning.

Det kan således konstateras att det ligger helt i linje både med rättsutvecklingen utomlands och konsumentintreset att tillåta import även om sambandet mellan den näringsidkare som ursprungligen märkt varorna med sitt varumärke och varumärkesinnehavaren i Sverige inte är så starkt som det var i Polycolor-målet. Däremot skulle det strida både mot de grundläggande varumärkesrättsliga principerna och konsumentintresset att tillåta import i sådana fall då denna kan ge upphov till vilseledanden om kommersiellt ursprung.

5.1.1.1.1 Något om rättsläget inom EG

EG-rättens regler om parallellimport och andra importfall har under de senaste åren rönt en sådan uppmärksamhet att det inte går att undvika att här något beröra dem. För att vara utländsk rätt har reglerna också särskilt stort intresse för de svenska konsumenterna, eftersom de kan få betydelse åtminstone för EG:s tolkning av Sveriges frihandelsavtal med EEC[26] och detta avtal i sin tur, p g a principen om fördragskonform lagtolkning,[27] kan komma att i någon mån påverka varumärkeslagens regler. Denna påverkan blir naturligtvis än mer påtaglig om frihandelsavtalet anses vara införlivat i intern svensk rätt, särskilt om avtalets art 20 och 23 dessutom skulle anses ha direkt effekt. Här är inte platsen att analysera dessa frågor men det kan konstateras att de flesta svenska författare inte anser att frihandelsavtalet införlivats i svensk rätt, utan

26. Se härom Bernitz, Om statliga handelsmonopol i EG och enligt frihandelsavtalen, TfR 1973 s 533 ff, dens, Internationell marknadsrätt s 77 ff, Blok, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 471 f, Danelius, Sveriges avtal med de europeiska gemenskaperna — juridiska aspekter, SvJT 1973 s 105 ff, Lidgard, Sverige — EEC och konkurrensen s 24 ff, Stenberg, EEC:s konkurrensbegränsningsrätt och Sverige, NIR 1973 s 178 f.
27. Se härom SOU 1974: 100 s 79 ff.

att det endast är folkrättsligt bindande.[28] Art 20 och 23 kan naturligtvis då inte heller ha någon direkt effekt.

Det kan också konstateras att den schweiziska högsta domstolen i ett 1979 avgjort fall rörande parallellimport fann att motsvarande artiklar i det schweiziska frihandelsavtalet med EEC inte hade direkt effekt.[29] Däremot ingick de i intern schweizisk rätt, eftersom enligt denna alla internationella överenskommelser automatiska införlivas.

EG-rätten innehåller som bekant ännu inte några särskilda varumärkesrättsliga regler, utan importens tillåtlighet avgörs helt enligt Romfördragets bestämmelser. Tidigare användes främst art 85 som förbjuder överenskommelser som är ägnade att påverka handeln mellan medlemsstaterna och som har till syfte eller följd att konkurrensen inom den gemensamma marknaden förhindras, inskränks eller förvanskas. Artikeln förutsätter således att det föreligger en överenskommelse som ligger till grund för det konkurrensbegränsande förfarandet vilket ofta inte är fallet i här aktuella situationer. Förbudet mot missbruk av marknadsdominerande ställning i art 86 har av andra skäl fått begränsad betydelse. Istället är det Romfördragets regler om fria varurörelser och förbud mot kvantitativa importrestriktioner som främst kommit att dra upp gränserna för när import kan förhindras. I art 30 föreskrivs att kvantitativa importrestriktioner och andra åtgärder som har motsvarande verkan inte är tillåtna såvida inte annat framgår av vad som senare anges i fördraget. Ett sådant undantag finns i art 36 där det stadgas att bestämmelsen i art 30 inte utgör hinder för sådana förbud och restriktioner avseende import som motiveras av skydd för industriell eller kommersiell äganderätt. Förbuden eller restriktionerna får dock inte utgöra vare sig medel för godtycklig diskriminering eller förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

När den näringsidkare som i en stat försett en vara med sitt varumärke och därefter sålt den även är varumärkesinnehavare i

---

28. Prop 1972: 135 s 55, Bernitz, Internationell marknadsrätt s 79 f, Blok, a a s 470 ff, Danelius, a a s 101 f, Pålsson, EG-rätt s 292 f. Motsatt uppfattning, Lidgard, a a s 35, 128 ff. Ang uppfattningen internationellt, se de av Bernitz, a a s 79 nämnda arbetena.
29. GRUR Int 1979 s 569 (= IIC 1980 s 245), OMO. Se härom Kucsko, Parallelimporte von Konzernmarkenwaren und die Freihandelsabkommen Österreichs und der Schweiz, GRUR Int 1980 s 138 ff.

den stat varorna sedermera importeras till, torde som redan angetts importen inte kunna förhindras enligt någon EG-stats nationella lagstiftning. Att detsamma även följer av principen om fria varurörelser får därför mycket begränsad betydelse.[30]

Intressantare är de situationer där det råder ett visst samband mellan den näringsidkare som märkt varorna och den näringsidkare som är varumärkesinnehavare i importlandet. Det ledande avgörandet är numera här Centrafarm II-målet.[31]

Varumärket NEGRAM innehades i Storbritannien av det engelska bolaget Sterling-Winthrop Group Ltd och i Nederländerna av dess helägda dotterbolag Winthrop B.V. Det senare sökte med stöd av sin varumärkesrätt hindra bolaget Centrafarm från att importera läkemedel märkta med varumärket NEGRAM från England. Den holländska domstolen begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen som härvid yttrade:

> "The exercise, by the owner of a trade mark, of the right which he enjoys under the legislation of a Member State to prohibit the sale, in that State, of a product which has been marketed under the trade mark in another Member State by the trademark owner or with his consent is incompatible with the rules of the EEC Treaty concerning the free movement of goods within the Common Market."

Domstolens uttalande innebär att en varumärkesinnehavare i en EG-stat inte kan hindra import av varor som marknadsförts av andra företag som tillhör samma ekonomiska enhet och som varumärkesinnehavaren därigenom har inflytande över. Inte heller kan han hindra import av varor som hans licenstagare marknadsfört, oavsett om denne ingår i samma koncern, eftersom en licenstagares marknadsföring ju alltid sker med licensgivarens tillstånd.

Såvitt angår betydelsen av art 36 gjorde EG-domstolen, liksom i tidigare avgöranden, en distinktion mellan varumärkesrättens existens och dess utövande.[32] Domstolen anförde att även om Romfördraget lämnar existensen opåverkad så drar det upp en

30. Se mål 16/74, Centrafarm II.
31. Mål 16/74.
32. Domskäl 6. En sådan distinktion mellan existensen av en immaterialrätt och dess utövande gjordes först i ett mål ang patent, mål 24/67, Parke-Davis.

gräns för hur varumärkesrätten får utövas. Med tanke på användningens stora betydelse för varumärkesrättens uppkomst och bestånd måste distinktionen betecknas som föga lämplig.[33] EG-domstolen har emellertid i ett flertal avgöranden hävdat att varumärkesrätter bara kan ge upphov till sådana undantag från principen om fria varurörelser som följer av varumärkesrättens specifika innehåll ("specific subject-matter"), vilket i Centrafarm II-målet angavs vara

"the guarantee that the owner of the trade mark has the exclusive right to use that trade mark, for the purpose of putting products protected by the trade mark into circulation for the first time, and is therefore intended to protect him against competitors wishing to take advantage of the status and reputation of the trade mark by selling products illegally bearing that trade mark".

Mot bakgrund av detta uttalande förefaller det sannolikt att ett dotterbolag eller en licenstagare som är varumärkesinnehavare i ett EG-land inte heller kan hindra import av varor som ett annat bolag inom koncernen, t ex moderbolaget, eller licensgivaren i någon annan EG-stat marknadsfört under samma varumärke, trots att man i dessa situationer inte kan tala om något samtycke.[34]

I Centrafarm II-målet konstaterade EG-domstolen också att art 85 i allmänhet inte är tillämplig på avtal som ingåtts mellan företag som tillhör samma ekonomiska enhet.

"Article 85 is not concerned with agreements or concerted practices between undertakings belonging to the same concern and having the status of parent company and subsidiary, if the undertakings form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings."

Detta i kombination med den stora räckvidden hos principen om fria varurörelser har medfört att art 85 i den här aktuella typen

33. Se närmare nedan s 333 f. Distinktionen har i nordisk litteratur särskilt kritiserats av Blok, Patenträttens konsumtionsprincip s 246 ff.
34. I svensk litteratur synes Bernitz, a a s 133 f och Ligard, a a s 213 vara inne på en sådan tolkning.

av importsituationer fått en mer begränsad betydelse. Artikeln tillämpades dock i det kända Grundig-målet som avgjordes redan 1966.[35]

Det franska bolaget Consten S A var ensamförsäljare i Frankrike av det tyska bolaget Grundigs varor. I avtalet mellan företagen föreskrevs bl a att dessa skulle avhålla sig från inbördes konkurrens och att Consten inte fick reexportera sina varor till Tyskland. Consten var också i Frankrike innehavare av varumärket GINT (= Grundig International), ett märke som i alla länder används på Grundigs produkter. Vid avtalsförhållandets slut skulle Consten enligt avtalet antingen överlåta varumärkesrätten till Grundig eller häva registreringen. Med stöd av sin varumärkesrätt ingrep Consten mot ett företag som köpte Grundigs produkter i Tyskland och sålde dem i Frankrike. Enligt EG-kommissionens tolkning av den interna franska varumärkesrätten kunde Consten hindra import till Frankrike. Kommissionen förklarade att både bestämmelserna ang ensamförsäljning och ang varumärket GINT stred mot art 85. Consten och Grundig överklagade beslutet till EG-domstolen som emellertid i detta hänseende inte ändrade kommissionens beslut.

I båda de två senaste varumärkesavgörandena från EG-domstolen, Hoffman-La Roche- resp Centrafarm *v.* American Home Product-målen, har det varit fråga om mer speciella situationer.[36]

Det schweiziska läkemedelsföretaget Hoffman-La Roche är innehavare av varumärket VALIUM-ROCHE. Läkemedlet tillverkas i Tyskland på licens av Roche-Germany. I Storbritannien tillverkas och säljs VALIUM-ROCHE till ett betydligt lägre pris av ett engelskt dotterföretag till Hoffman-La Roche. Centrafarm är ett holländskt företag i läkemedelsbranschen. Bolaget köpte VALIUM-ROCHE på den engelska marknaden samt förpackade om det och försedde det med nya bruksanvisningar på tyska i Holland. De nya förpackningarna och bruksanvisningarna märktes med namnen VALIUM, ROCHE och CENTRAFARM. Förpackningarna importerades därefter till Tyskland av Centrafarms tyska dotterföretag. Hoffman-La Roches tyska dotterföretag förde talan om varumärkesintrång. I tolkningsförklaringens domskäl anförde EG-domstolen att varumärkets väsentliga funktion är att garantera de märkta varornas kommersiella ursprung för de slutliga förbrukarna, genom att göra det möjligt för dem att särskilja varorna från produkter med annat ursprung. Detta medförde att de slutliga förbru-

35. Mål 56 och 58/64.
36. Mål 102/77 resp 3/78.

karna måste kunna vara säkra på att den märkta varan inte ändrats av tredje man. Domstolen uttalade därför:

> "The proprietor of a trade-mark right which is protected in two Member States at the same time is justified pursuant to the first sentence of Article 36 of the EEC Treaty in preventing a product to which the trade-mark has lawfully been applied in one of those States from being marketed in the other Member State after it has been repacked in new packaging to which the trade-mark has been affixed by a third party."

Domstolen anförde emellertid vidare att utnyttjandet av en varumärkesrätt för att hindra import av omförpackade varor kan innebära en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna och att utnyttjandet därför kommer i konflikt med art 36 om följande fyra villkor är uppfyllda:

> "— It is established that the use of the trade-mark right by the proprietor, having regard to the marketing system which he has adopted, will contribute to the artificial partitioning of the markets between Member States;
> — It is shown that the repackaging cannot adversely affect the original condition of the product;
> — The proprietor of the mark receives prior notice of the marketing of the repackaged product; and
> — It is stated on the new packaging by whom the product has been repackaged."

Som exempel på situationer där varans egenskaper ej förändras nämnde domstolen dels att varan levereras i dubbla förpackningar och ompackningen bara berör den yttre av dessa, dels att ompackningen sker under överinseende av offentlig myndighet.

Rörande tillämpligheten av art 86 uttalade domstolen:

> "To the extent to which the exercise of a trade-mark right is lawful in accordance with the provisions of Article 36 of the Treaty, such exercise is not contrary to Article 86 of the Treaty on the sole ground that it is act of an undertaking occupying a dominant position on the market if the trade-mark right has not been used as an instrument for the abuse of such a position."

Att märka om en annan näringsidkares varor med dennes varumärke är alltså normalt otillåtet. Motsatsen gäller dock under vissa förutsättningar trots att varumärkesinnehavarens ensamrätt att märka sina varor med sitt kännetecken följer av varumärkets väsentligaste funktion. Även de befogenheter som följer av denna

kan sålunda få vika om de kommer i konflikt med principen om fria varurörelser.

Att på sätt som skedde i Hoffman—La Roche-målet packa om en annan näringsidkares varor och förse dem med dennes varumärke torde strida mot den interna varumärkesrätten i samtliga EG-länder.[37] Så är även fallet i svensk rätt vilket framgår av Polycolor-målet.[38]

De i målet parallellimporterade varorna hade av parallellimportören försetts med nya bruksanvisningar vilka importören märkt med varumärkena POLYCOLOR och POLYLOCK. Detta förfarande ansågs utgöra varumärkesintrång.

Ovanstående innebär att den fria varucirkulationen mellan EG-staterna är "friare" än varucirkulationen inom ett enskilt EG-land. Möjligheten till ommärkning torde dock ha kringgärdats med så stränga villkor att den knappast kan utnyttjas på ett vilseledande sätt och den kan därför inte kritiseras från ren konsumentsynpunkt.

Centrafarm — American Home Products-målet innebar i korthet följande. American Home Products var innehavare av varumärket SERESTA i Benelux-länderna och av varumärket SERENID D i Storbritannien. De läkemedel de båda varumärkena användes för hade samma medicinska effekt men skiljde sig åt bl a beträffande smaken. SERESTA och SERENID D tillverkades på licens i Holland resp Storbritannien av två dotterföretag till American Home Products. Centrafarm köpte tabletter av märket SERENID D i England och sålde dem i Holland under varumärket SERESTA. På grund av den till EG-domstolen ställda frågans utformning kom domstolen att betrakta de bägge läkemedlen som identiska. Domstolens resonemang i detta mål har stora likheter med dess resonemang i Hoffman-La Roche-målet. Man konstaterade att varumärkets väsentliga funktion är att garantera varans ursprung och att detta förutsätter att endast innehavaren får märka en vara med sitt varumärke. Domstolen uttalade därför:

> "The proprietor of a trade-mark which is protected in one Member State is justified pursuant to the first sentence of Article 36 in

37. Beier, The Doctrine of Exhaustion in EEC Trademark Law — Scope and Limits, IIC 1979 s 20 ff. EG-domstolen ansåg dock detta osäkert, se domskäl 3 f.
38. NJA 1967 s 458 (= NIR 1968 s 404).

> preventing a product from being marketed by a third party even if previously that product has been lawfully marketed in another Member State under another mark held in the latter State by the same proprietor."

Domstolen tillade emellertid:

> "Nevertheless such prevention may constitute a disguised restriction on trade between Member States within the meaning of the second sentence of Article 36 of the Treaty if it is established that the proprietor of different marks has followed the practice of using such marks for the purpose of artificially partitioning the markets."

Även av detta avgörande framgår således att om det uppkommer en konflikt mellan utövandet av de rättigheter som följer av varumärkets väsentliga funktion och principen om fria varurörelser så har vanligen de förstnämnda företräde. Undantag gäller dock om användningen av olika märken just har till syfte att artificiellt uppdela marknaden.

Vi kommer nu till de situationer då det inte existerar något som helst samband mellan den näringsidkare som försett varorna med sitt varumärke och fört ut dem på marknaden och varumärkesinnehavaren i importlandet. I sådana situationer är import i princip förbjuden vilket framgår av Terranova-Terrapin-målet från 1976.[39]

Det tyska företaget Terranova Industrie C A Kapferer & Co hade de senaste 75 åren tillverkat och sålt fasadputs och var i hemlandet innehavare av de registrerade varumärkena TERRA, TERRA FABRIKATE och TERRANOVA. Bolaget förde talan mot Terrapin Ltd, ett engelskt företag som tillverkade och på den tyska marknaden sålde monteringsfärdiga hus under varumärket TERRAPIN, och gjorde gällande att sistnämnda företag gjorde sig skyldigt till varumärkesintrång. Tyska Bundesgerichtshof begärde tolkningsbesked från EG-domstolen som uttalade:

---

39. Mål 119/75. Se härom bl a Beier, Objectives and Guiding Principles of the Future European Trademark Law, IIC 1977 s 6 ff, Loewenheim, Trademarks and European Community Law, IIC 1978 s 422 ff, Sprick, Die Auswirkungen des EWG-Rechts auf den Schutz des Warenzeichens gegenüber nicht ursprungsgleichen, verwechslungsfähigen Warenzeichen, GRUR Int 1977 s 285 ff.

"It is compatible with the provisions of the EEC Treaty relating to the free movement of goods for an undertaking established in a Member State, by virtue of a right to a trade-mark and a right to a commercial name which are protected by the legislation of that State, to prevent the importation of products of an undertaking established in another Member State and bearing by virtue of the legislation in that State a name giving rise to confusion with the trade-mark and commercial name of the first undertaking, provided that there are no agreements restricting competition and no legal or economic ties between the undertakings and that their respective rights have arisen independently of another."

Motsatt lösning skulle enligt domstolen underminera varumärkesrättens specifika innehåll.

Från rent varumärkesrättsliga utgångspunkter synes målets utgång självklar, eftersom tillåtligheten av import i en situation som den aktuella skulle innebära att varumärket inte längre kan fylla funktionen att särskilja olika varor efter deras kommersiella ursprung. Som framgår av det citerade uttalandet är dock det förhållandet att de bägge varumärkesrätterna uppkommit oberoende av varandra en förutsättning för att importen skall kunna förhindras. Detta följer av det mycket omdiskuterade Kaffee Hag-avgörandet från 1974.[40] Benägenheten att fästa vikt vid varumärkenas ursprung träder dock först fram i det 1971 avgjorda Sirena-fallet.[41]

Det italienska företaget Sirena förvärvade 1937 rätten till varumärket PREP i Italien från det amerikanska bolaget Mark Allen. Efter överlåtelsen har inget vare sig ekonomiskt eller tekniskt samband förelegat mellan bolagen. Senare registrerade Sirena också andra varumärken innehållande bl a orden PREP GOOD MORNING under vilka Sirena sålde rakkräm. Mark Allen upplät vid okänd tidpunkt rätten att använda varumärket PREP i Tyskland till ett tyskt bolag som där sålde rakkräm under varumärket PREP GOOD MORNING. När det tyska bolaget genom en agent började exportera sin rakkräm till Italien förde Sirena talan om varumärkesintrång. Den italienska domstolen begärde

40. Mål 192/73.
41. Mål 40/70. Se härom i nordisk litteratur Blok, a a s 279 ff, Lidgard, a a s 208 f, Stenberg, Studier i EG-rätt s 296 f. I utländsk litteratur är avgörandet mycket omdiskuterat, se t ex Ullrich, The Impact of the Sirena Decision on National Trademark Rights, IIC 1972 s 193 ff och där anförd litteratur.

hos EG-domstolen bl a svar på en fråga om hur art 85 och 86 skulle tolkas. Domstolen anförde bl a:

> "Article 85 of the Treaty is applicable to the extent to which trademarks are invoked so as to prevent imports of products which originate in different Member States, and bear the same trade-mark by virtue of the fact that the proprietors have acquired it, or the right to use it, whether by agreements between themselves or by agreements with third parties."

Såvitt angick tolkningen av art 86 uttalade domstolen bl a:

> "The proprietor of a trade-mark does not enjoy a dominant position within the meaning of Article 86 of the Treaty merely because he is in a position to prevent third parties from putting into circulation, on the territory of a Member State, products bearing the same trade-mark. He must also have power to impede the maintenance of effective competition over a considerable part of the relevant market."

EG-domstolens uttalande innebär således inte att import alltid är tillåten i situationer av den typ som var aktuell i Sirena-målet, utan endast att art 85 är tillämplig och att det därför kan strida mot Romfördraget att hindra importen. Den domstol som mottog tolkningsförklaringen uppges dock ha tolkat den så att importen i Sirena-målet inte kunde hindras.[42]

Sirena-målet gällde således bara tolkningen av art 85 och 86. I Kaffee Hag-målet var istället innebörden av reglerna om fria varurörelser det centrala.

Det tyska företaget Hag AG var ursprungligen innehavare av varumärket KAFFEE HAG för kaffe i bl a Tyskland, Belgien och Luxemburg. De belgiska och luxemburgska varumärkesrätterna överläts 1935 till ett helägt dotterföretag, Hag/Belgien. Efter andra världskriget konfiskerades detta bolags tillgångar i Luxemburg, däribland rätten till varumärket KAFFEE HAG, som fiendeegendom. Efter ett antal överlåtelser kom rätten till varumärket KAFFEE HAG i Luxemburg att förvärvas av firman Van Zuylen Frères. När det tyska företaget Hag AG började sälja kaffe i Luxemburg under sitt tyska varumärke KAFFEE HAG gjorde Van Zuylen Frères gällande att detta utgjorde varumärkes-

42. de Bendetti, Trade Mark Rights in the European Economic Community: Evolution or Chaos?, IIC 1973 s 93.

intrång. Den nationella domstolen i Luxemburg begärde tolkningsförklaring från EG-domstolen som bl a uttalade:

> "To prohibit the marketing in one Member State of a product legally bearing a trade mark in another Member State for the sole reason that an identical trade mark, having the same origin, exists in the first State, is incompatible with the provisions for free movement of goods within the Common Market."

Eftersom det inte fanns något som helst juridiskt, finansiellt, tekniskt eller ekonomiskt samband mellan varumärkesinnehavarna var däremot tillämpligheten av art 85 utesluten.

Kaffee Hag-avgörandet har blivit mycket omdiskuterat och kritiserat både från varumärkesrättsliga och EG-rättsliga utgångspunkter.[43]

Resultatet av EG-domstolens avgörande blir att i Luxemburg, och rimligen även i Tyskland,[44] kaffe med helt olika kommersiellt ursprung och därmed sannolikt även skilda egenskaper kan säljas under identiska varumärken. Principiellt samma effekt kan även

---

43. Se i nordisk litteratur Blok, Immaterialrettighederne og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 444 ff, Dyekjaer-Hansen, Fire nyere afgørelser vedr. EF-rettens forhold till industrielle ejendomsrettigheder, UfR 1975 s 217 ff, Lidgard, a a s 210 f, Rissanen, a a s 25 ff och i övrigt bl a Alexander, Some Comments on the Café Hag Judgement, CMLRev 1974 s 387 f, Brickman, Nationale Warenzeichen im Gemeinsamen Markt, MA 1974 s 380 ff, v Gamm, Die Auswirkung der Rechtsprechung des Gerichtshofs des Europäischen Gemeinschaften auf das Warenzeichenrecht, GRUR Int 1975 s 185 ff, Heiseke, Warenzeichenrecht und EWG-Recht — Wohin führt der Weg?, WRP 1974 s 589 ff, Johannes, Zum "Kaffee Hag"-Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int 1975 s 111 ff, Kemp, The Erosion of Trade Mark Rights in Europe, CMLRev 1974 s 360 ff, Kraft, Die Stellung des Europäischen Gerichtshofs zum Warenzeichen im Lichte des Hag-Urteils, GRUR Int 1975 s 283 ff, Ladas, The Court of Justice of the European Community and the Hag Case, IIC 1974 s 302 ff, Mak, Warenzeichen und der Gemeinsame Markt, GRUR Int 1975 s 122 ff, Martino, Erosion der nationalen Marken, MA 1974 s 419 ff, dens, Nochmals zum Hag-Urteil, MA 1975 s 356 ff, Mühlendahl, Unitary Character and Problems of Coexistence in the Future European Trademark System, IIC 1976 s 181 ff, Röttger, Die Behandlung der enteigneten deutschen Warenzeichen im Hag Urteil des Europäischen Gerichtshof, GRUR 1974 s 574 ff, Schwab, Der freie Verkehr von Markenwaren im Lichte der Rechtsprechung der Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int 1975 s 73 ff, Ullrich, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int 1975 s 291 ff, inlaga från Tyska föreningen för industriellt rättsskydd i GRUR 1975 s 65, resolution från tyska märkesvaruföreningen i MA 1974 s 537.

44. Samma åsikt bl a Blok, a a s 445. Motsatt mening t ex Röttger, a a s 578.

Sirena-domen medföra. Varumärket kan därmed inte fylla sin särskiljningsfunktion, vilket är mycket olyckligt från konsumentsynpunkt. Detta var EG-domstolen också medveten om,[45] men man anförde att information om varornas kommersiella ursprung kunde ske genom åtgärder som inte påverkade varornas fria rörlighet. Domstolen tänkte sig förmodligen att Van Zuylan Frères kunde framhäva sitt firmanamn. Även om så sker på ett sådant sätt att det observeras av de flesta konsumenter, är det dock långt ifrån uteslutet att dessa ändå tror att det föreligger något samband mellan de olika innehavarna av varumärkena KAFFEE HAG eller deras produkter.[46]

I Kaffe Hag-avgörandet fäste EG-domstolen avgörande vikt vid att varumärkena hade ett gemensamt ursprung. Att så är fallet innebär emellertid uppenbarligen inte automatiskt att de varor märkena kännetecknar också har ett gemensamt kommersiellt ursprung. För det sistnämnda är istället avgörande hur starkt ekonomiskt och/eller tekniskt samband som råder mellan varumärkesinnehavarna vid den tidpunkt varorna märks med respektive märke.

EG-domstolen förefaller inta ståndpunkten att Kaffe Hag-avgörandet i sig inte står i konflikt med varumärkets särskiljningsfunktion, utan att konflikten med denna istället uppkommit vid konfiskationen av varumärket. I Terranova-Terrapin-avgörandet uttalade nämligen domstolen:[47]

"It is the same (d v s att varumärkesinnehavaren i den stat till vilken import sker inte kan hindra denna, min anm) when the right relied on is the result of the subdivision, either by voluntary act or as a result of public constraint, of a trade-mark right which originally belonged to one and the same proprietor. In these cases the basic function of trademark to guarantee to customers that the product has the same origin is already undermined by the subdivision of the original right."

Det är obestridligt att en sådan konfiskation av en varumärkesrätt

45. Se domskäl 14.
46. Se om dylika problem, Beier, Trademark Conflicts in the Common Market: Can They Be Solved by Means of Distinguishing Additions?, IIC 1978 s 221 ff.
47. Domskäl 6.

som skett beträffande KAFFEE HAG är synnerligen olämplig från varumärkesrättslig synpunkt. Det är därför enligt svensk rätt inte möjligt att utmäta en varumärkesrätt, 34 §, 3 st VmL. Det förefaller emellertid uppenbart att Kaffee Hag-avgörandet i högre grad försvårar för varumärket att fylla sin särskiljningsfunktion än en partiell överlåtelse skulle ha gjort. Kaffee Hag-målet resulterar som redan sagts i att oberoende näringsidkare under obegränsad tid kan använda identiska varumärken för varor av samma eller liknande slag inom samma geografiska område. Partiella överlåtelser däremot är i praktiken så gott som undantagslöst så konstruerade att avtalsparterna antingen inte får använda märket inom samma geografiska område eller för varor av samma eller liknande slag. Partiella överlåtelser medför således att det kommersiella ursprung det överlåtna märket kännetecknar uppfattas skifta över från den ena avtalsparten till den andra. Konsekvensen av Kaffee Hag-målet blir däremot att det kommersiella ursprung varumärket symboliserar på ett obestämt sätt varierar fram och tillbaka. Det vilseledande om kommersiellt ursprung som en partiell överlåtelse kan medföra upphör därför, till skillnad från det vilseledande Kaffee Hag-målet orsakat, en viss tid efter överlåtelsen, eftersom konsumenterna då har lärt sig att märket kännetecknar ett nytt kommersiellt ursprung. EG-domstolen har således, medvetet eller omedvetet, tagit en från konsumentsynpunkt olämplig regel till intäkt för att utveckla en än mer olämplig regel.[48]

Kaffee Hag-avgörandet visar särskilt tydligt det diskutabla i EG-domstolens numer traditionella distinktion mellan en immaterialrätts existens, som inte påverkas av Romfördragets regler, och dess utövande, som däremot gör det. Ett varumärke har ju så gott som aldrig något värde i sig, utan får detta genom att det används som symbol för vissa varor. Vid inarbetning och dess motsvarigheter i de utomnordiska rättsordningarna är det ju själva användningen av märket som ger upphov till varumärkesrätten. En varumärkesrätt är också för sitt bestånd beroende av att märket används som sådant, d v s som ett kännetecken som särskiljer olika varor efter deras kommersiella ursprung. Detta förutsätter emellertid i sin tur

48. Motsvarande kritik kan även riktas mot Johannes, a a s 113 f, som enligt min mening underskattar nackdelarna av Kaffee Hag-domen.

att andra näringsidkare inte använder förväxlingsbara kännetecken för sina varor. Användningen av sådana kännetecken för varor som konsumenterna uppfattar ha olika kommersiella ursprung medför nämligen risk för att märkena degenereras. Det är således klart att utövandet av en varumärkesrätt i syfte att förhindra användningen av identiska eller förväxlingsbara varumärken för varor med olika kommersiellt ursprung är en förutsättning för varumärkesrättens existens.

Regeln att varumärkesinnehavaren i en EG-stat inte kan hindra import av produkter som i en annan stat blivit märkta med ett varumärke som är förväxlingsbart med hans eget om bägge varumärkena har samma ursprung gäller dock inte, om samma näringsidkare är varumärkesinnehavare i alla EG-stater och varorna härstammar från en stat utanför EG. Detta framgår av EMI/CBS-avgörandena.[49]

EMI var innehavare av varumärket COLUMBIA för grammofonskivor i alla EG-stater utom Frankrike där varumärkesrätten istället innehades av ett dotterföretag. I USA innehades däremot varumärkesrätten av CBS. Samtliga varumärkesrätter kunde härledas till det amerikanska företaget Columbia Phonograph Company General. EMI gjorde gällande att CBS export av grammofonskivor av märket COLUMBIA från USA till Storbritannien, Danmark och Tyskland utgjorde intrång i EMI:s varumärkesrätter i dessa länder. De nationella domstolarna begärde tolkningsförklaringar av EG-domstolen som bl a uttalade:

> "The principles of Community law and the provisions on the free movement of goods and on competition do not prohibit the proprietor of the same mark in all the Member States of the Community from exercising his trade-mark rights, recognized by the national laws of each Member State, in order to prevent the sale or manufacture in the Community by a third party of products bearing the same mark, which is owned in a third country, provided that the exercise of the said rights does not manifest itself as the result of an agreement or of concerted practices which have as their objekt or effect the isolation or partitioning of the common market."

Förhindrandet av importen stred således inte mot reglerna om fri

49. Mål 51/75 (tolkningsförklaring till High Court of Justice, London), mål 86/75 (tolkningsförklaring till Sø- og Handelsretten, Köpenhamn) och mål 96/75 (tolkningsförklaring till Landgericht Köln). Det danska nationella avgörandet finns refererat i NIR 1979 s 355.

varucirkulation, eftersom dessa bara gäller mellan EG-länderna. Däremot kan, som uttalandet antyder, art 85 bli tillämplig om de särskilda förutsättningarna härför är uppfyllda.

Sammanfattningsvis kan sägas att de regler som följer av Sirena- och Kaffee Hag-avgörandena medför att det kan saknas möjlighet att ingripa mot sådan varumärkesanvändning som ger upphov till vilseledanden om kommersiellt ursprung. Övriga avgöranden lägger däremot inte några hinder i vägen för varumärket att fylla funktionen att särskilja olika varor efter deras kommersiella ursprung. Från allmänt varumärkesrättslig synpunkt kan däremot även kritik riktas mot såväl distinktionen mellan existensen och utövandet av en varumärkesrätt som att det, låt vara endast undantagsvis, kan vara omöjligt för en varumärkesinnehavare att ingripa mot en näringsidkare som packar och märker om hans varor.

5.1.2 Försäljning av bearbetade eller förändrade varor

Tidigare har omtalats att varor som överlåtits av kännetecknsinnehavaren utan hinder av varumärkesrätten kan säljas vidare, uthyras m m av andra näringsidkare under sitt ursprungliga kännetecken. Om annan än kännetecknsinnehavaren före vidareförsäljningen eller uthyrningen väsentligt har förändrat varorna genom bearbetning, reparation eller dylikt får dock det ursprungliga kännetecknet bara användas om förändringen tydligt anges eller eljest tydligt framgår, 4 §, 3 st VmL.[50]

Av motiven att döma har stadgandet i första hand motiverats av en önskan att skydda den goodwill ett kännetecken kan vara bärare av.[51] Det kan emellertid också hävdas att en väsentlig förändring av varan av annan än kännetecknsinnehavaren i så hög grad påverkar varans kommersiella ursprung, att det kännetecken varan före ändringen var märkt med inte längre symboliserar korrekt ursprung.

---

50. Liknande mer eller mindre stränga regler finns i flera andra länder, se särskilt Waibel, a a s 71 ff (belgisk rätt), 98 ff (italiensk rätt), 125 ff (amerikansk rätt) och 189 ff (tysk rätt). Till skillnad från i svensk och övrig nordisk rätt finns emellertid inte i något av dessa länder något specialstadgande motsvarande 4 §, 3 st VmL utan reglerna anses följa av allmänna varumärkesrättsliga principer.
51. SOU 1958: 10 s 244 ff.

Stadgandet innebär också ett visst skydd för konsumenterna. Någon annan näringsidkare än kännetecknsinnehavaren kan inte sälja en reparerad eller bearbetad vara under sken av att det är fråga om en originalprodukt. Däremot är stadgandet inte tillämpligt om kännetecknsinnehavaren själv förändrat varan. Sannolikheten för att denne skulle marknadsföra en reparerad eller till det sämre bearbetad produkt som original är dock betydligt mindre än att någon annan skulle göra det, eftersom kännetecknsinnehavarens goodwill härigenom kan minska kraftigt.

Som exempel på ett förfarande som strider mot 4 §, 3 st nämns i förarbetena att en begagnad maskin inköps, repareras med icke-originaldelar, lackas och därefter säljs på nytt.[52]

I det hittills enda högsta domstolsavgörandet rörande denna fråga, NJA 1933 s 418,[53] hade en svensk urgrossist låtit en firma inmontera urverk och urtavlor av märket OMEGA i guldboetter som inte kom från Omegafabriken. Eftersom bland annat urtavlorna var märkta med varumärket OMEGA framstod klockorna som Omega-ur. Förfarandet ansågs utgöra varumärkesintrång.

Regeln gäller dock inte bara i sådana uppenbara fall. Förändringen måste dock vara väsentlig, vilket enligt förarbetena innebär att den måste påverka kvaliteten.[54] Det fordras dock inte att denna försämras. [55]

Information om att varan bearbetats eller reparerats behöver enligt lagtexten inte lämnas om det ändå tydligt framgår att så är fallet. Denna förutsättning torde bara vara uppfylld om förändringen framgår av varan själv utan att denna behöver jämföras med en oförändrad produkt. Om särskild uppgift om bearbetningen fordras skall denna anbringas på en iögonenfallande plats på varan och ange både vad bearbetningen gått ut på och vem som utfört den.[56]

Marknadsföringslagens regler angående den aktuella frågan

52. A a s 246.
53. = NIR 1933 s 59 och 144.
54. SOU 1958: 10 s 246 f.
55. A a s 246 där som exempel på ett fall där stadgandet är tillämpligt anges att träfiberplattor kompletterats genom fuktimpregnering, prop 1960: 167 s 72 f.
56. SOU 1958: 10 s 247.

bygger på helt andra principer än varumärkeslagens. Oavsett om kännetecknsinnehavaren själv eller någon annan säljer en reparerad vara under sken av att den är ny eller en bearbetad vara som original vilseleds konsumenterna och förfarandet är därmed otillbörligt enligt 2 § MFL. Eftersom det är marknadsföringens effekt som är avgörande spelar det ingen roll om det direkt påstås att varan är ny eller om konsumenterna av någon annan anledning får detta intryck, t ex genom användningen av det varumärke produkten ursprungligen såldes under. Om försäljningen sker under det ursprungliga varumärket och det är kännetecknsinnehavaren själv som förändrat varorna vilseleds konsumenterna bara om deras egenskaper, medan vilseledandet omfattar både varornas egenskaper och deras kommersiella ursprung om någon annan förändrat dem. Eftersom det primära enligt marknadsföringslagen är vilseledandet om varornas egenskaper och vilseledande om kommersiellt ursprung i här aktuella situationer inte kan föreligga om inte konsumenterna samtidigt vilseleds om varornas egenskaper, bortser man vid bedömningen enligt marknadsföringslagen från de kännetecknsrättsliga aspekterna.

Någon vägledande praxis från marknadsdomstolen finns inte. Däremot kan det redan tidigare i annat sammanhang berörda fallet angående CARLSSON-högtalare något belysa det sagda, trots att det där var fråga om varor som aldrig tidigare sålts under det aktuella märket.[57]

En näringsidkare marknadsförde högtalare som han själv satt ihop av byggsatser och märkte dem med varumärket CARLSSON. Högtalarna var till sin utformning och i fråga om högtalarutrustning likartade med de högtalare Sonab tillverkade och på licens sålde under varumärket CARLSSON. Solna tingsrätt fann att påståendet att de ifrågavarande högtalarna var CARLSSON-högtalare var oriktigt i nuvarande 6 § MFL:s mening.

Även ett par KO-ärenden kan ha visst intresse.

Ett företag som sysslade med service av TV-apparater påstod att man använde fabriksnya bildrör vid reparationerna.[58] I verkligheten var det

57. NIR 1973 s 119.
58. KO dnr 1271/75, KO:s tidskrift 1976: 4 s 14.

dock fråga om renoverade bildrör. KO ansåg förfarandet strida mot 2 § MFL och utfärdade ett förbudsföreläggande som godtogs. Av ärendet framgår inte ens om de renoverade bildrören var försedda med något varumärke eller ej.

Ett annat ärende rör Monark-Crescents cyklar.[59] Bolaget tillverkar cykeln CRESCENT i helfabrikat och cykeln MARATON i halvfabrikat. Som halvfabrikat är cyklarna identiska. En cykelhandlare köpte MARATON-cyklar som han kompletterade med CRESCENTS originaldelar och fäste CRESCENT-dekaler på. KO avskrev ärendet sedan cykelhandlaren förklarat att han skulle upphöra att fästa CRESCENT-dekaler på MARATON-cyklarna.

5.1.3 Åberopande av annans varumärke i reklam för reservdelar, tillbehör och service

Det är tillåtet att åberopa annan näringsidkares varukännetecken vid försäljning m m av reservdelar, tillbehör och liknande som passar för dennes varor. Användningen får dock inte vara sådan att den ger sken av att vad som säljs härrör från kännetecknets innehavare eller att denne medgivit kännetecknets användning, 4 §, 2 st VmL. Eftersom vad som i varumärkeslagen är stadgat om varor i tillämpliga delar även gäller för tjänster, är sagda stycke också tillämpligt när en näringsidkare informerar konsumenterna om att han utför service m m på de angivna varorna.

Motivet till att det på detta sätt är tillåtet att använda andra näringsidkares varukännetecken är naturligtvis att kännetecknsinnehavaren annars i praktiken skulle få monopol både på tillverkning och försäljning av reservdelar och tillbehör till sina varor och på reparation av dessa, något som skulle få starka konkurrensbegränsande effekter. Det är därför även i de flesta andra industriländer, bl a Tyskland och USA, tillåtet att på liknande sätt som i Sverige och övriga Norden åberopa annans kännetecken.[60]

Å andra sidan är det också klart att sagda möjlighet att utnyttja en annan näringsidkares kännetecken kan innebära även andra nackdelar för kännetecknsinnehavaren än att konkurrensen

59. KO dnr 79/K 2667, Konsument-, rätt & ekonomi 1979: 5 s 33.
60. Se härom särskilt Waibel, a a s 53 ff (belgisk rätt), s 93 ff (italiensk rätt), s 110 ff (amerikansk rätt) och s 169 ff (tysk rätt).

ökar. Av den anledningen bör enligt förarbetena åberopande bara vara tillåtet när det finns ett befogat intresse därtill.[61] Sådant intresse skall inte anses föreligga när det är självklart att en produkt kan användas ihop med en annan, t ex ett visst tvättmedel och en viss tvättmaskin. Inte heller har en näringsidkare rätt att i större omfattning utnyttja annans kännetecken än vad som krävs för en säker varuidentifikation. Särskilda logotypes och figurmärken får därför inte användas, eftersom varan lika bra kan identifieras med hjälp av sitt ordmärke skrivet med samma typsnitt och storlek som resten av den text i vilken märket ingår eller annat vanligt typsnitt.[62] Varumärkesintrång föreligger alltså enligt förarbetena i bägge dessa situationer oavsett om kännetecknsanvändningen medför något vilseledande om de ifrågavarande reservdelarnas eller tillbehörens kommersiella ursprung eller inte. Det är dock inte osannolikt att ju fler av en näringsidkares kännetecken en konkurrent utnyttjar, desta större är risken för vilseledanden.

Rättspraxis är även på detta område begränsad. Från Högsta domstolen föreligger endast ett avgörande från 1936[63] vilket dock fortfarande har betydelse[64] och därtill kommer två hovrättsavgöranden.[65]

I förstnämnda avgörande hade ett bolag som tillverkade och sålde icke-originaldelar till jordbruksmaskiner av märkena MC CORMICK och DEERING märkt de kartonger reservdelarna levererades i med dessa varumärken vilket ansågs utgöra varumärkesintrång. Varumärkena hade också använts i prislistor och kataloger. I de listor och kataloger där med samma typsnitt som användes för varumärkena angivits att alla de i listorna och katalogerna upptagna produkterna inte var originalvaror ansågs åberopandet av kännetecknen inte utgöra varumärkesintrång. Såvitt gällde de listor och kataloger som inte innehöll någon sådan information eller där denna tryckts med mindre stil kom däremot domstolen till motsatt slut.

---

61. SOU 1958: 10 s 243, Koktvedgaard, Immaterialretspositioner s 378 f.
62. SOU 1958: 10 s 244.
63. NJA 1936 s 118 (= NIR 1936 s 134). Se om detta avgörande Heiding, avh s 47 ff.
64. SOU 1958: 10 s 243. Där uttalas att lagstiftaren vid utarbetandet av varumärkeslagens regler på detta område i stort sett eftersträvat att ge uttryck åt den gränsdragning som redan skett i praris.
65. NIR 1969 s 418 resp 424.

Båda hovrättsavgörandena rör försäljning av icke-originaldelar till Volkswagenbilar och service av sådana. Två näringsidkare hade härvid använt ordmärket VOLKSWAGEN och ett figurmärke bestående av bokstäverna VW placerade ovanpå varandra inneslutna i en cirkel i reservdelskataloger som även omfattar icke-originaldelar, på skyltar utanför affärslokalerna och på vissa tillbehör. I den mån icke-originaldelar symboliserades ansågs förfarandet otillåtet. En av näringsidkarna hade i sina prislistor använt förkortningarna N (= nachbau) och TN (= tyska nachbau) för att ange de delar som ej var original och dessutom förekom uttrycket "Västtyska Reservdelsindustrin". Varken förkortningarna eller uttrycket ansågs kunna godtas som icke-originalklausuler.

Den i de tre avgörandena påtalade varumärkesanvändningen har i huvudsak varit av sådant slag att det med nu gällande regler knappast kan råda något tvivel om att den är otillåten. Av både MC CORMICK-DEERING- och ett av VOLKSWAGEN-avgörandena framgår att icke-originalklausuler måste vara tydliga för att anses neutralisera förväxlingsfaran. Det bör dock observeras att det i bägge avgörandena varit fråga om tekniskt komplicerade produkter där reservdelarnas och tillbehörens kvalitet hade stor betydelse, vilket enligt förarbetena innebär att bedömningen skall vara något strängare eljest.[66] Å andra sidan är det åtminstone i bilbranschen mycket vanligt med icke-originaldelar och icke-auktoriserad service vilket enligt förarbetena talar i motsatt riktning.[67]

Tillverkarföretag uppdrar inte sällan till ett fristående företag att framställa reservdelar till sina varor. I allmänhet överenskoms härvid att reservdelsproducenten skall märka de varor han framställt med beställarens kännetecken. Såvida inte tillverkningsavtalet förbjuder det, kan det tänkas att reservdelstillverkaren producerar en större volym delar än avtalet föreskriver och säljer detta överskott till andra avnämare. Även om de varor tillverkningsavtalet omfattar och de varor som ingår i överskottet både är tekniskt identiska och har samma faktiska ursprung har reservdelstillverkaren inte större möjlighet att åberopa huvudvarans varumärke än andra tillverkare av icke-originaldelar.

Åberopande av annans kännetecken i samband med marknads-

66. SOU 1958: 10 s 244.
67. A s.

föring av reservdelar eller tillbehör avsedda för dennes varor eller service av dessa är givetvis en marknadsföringsåtgärd på vilken 2 § MFL är tillämplig. Situationen har emellertid inte behandlats i förarbetena[68] och något avgörande från marknadsdomstolen finns inte heller.

Däremot finns några KO-ärenden. Här kan nämnas att KO ansett ett bilföretags användning av uttrycket "Renault-specialisten" stridande mot 2 § MFL, eftersom företaget inte hade någon särskild kunskap om Renault-bilar och uttrycket därför inte hade någon reell täckning.[69]

I ett annat fall hade en icke-auktoriserad Mercedes-Benz-reparatör använt uttrycket "Mercedes-Benz-Service" och Mercedes-Benz särskilda figurmärke. KO ansåg att utnyttjandet av uttrycket och figurmärket i första hand var ägnat att inge föreställningen att reparatören erbjöd fullgod service av Mercedes-Benz bilar. Utredningen i målet ansågs visa att så var fallet. Hur det förhöll sig med reparatörens formella rätt att använda de ifrågavarande kännetecknen antogs inte i nämnvärd grad påverka efterfrågan. KO ansåg det därför vara av ringa betydelse från konsumentsynpunkt att ärendet prövades enligt marknadsföringslagen och avskrev det.[70]

En jämförelse mellan de båda ärendena visar att vilseledande om tjänstens kommersiella ursprung inte ensamt medfört att förfarandet ansetts otillbörligt enligt 2 § MFL, d v s KO har här intagit samma ståndpunkt som i övriga fall av vilseledande om kommersiellt ursprung.[71] Som framgått har däremot marknadsdomstolen ansett att vilseledande om kommersiellt ursprung strider mot 2 § MFL även om det inte förelegat någon kvalitetsskillnad mellan varorna.[72]

Några skäl för att i detta hänseende behandla vilseledande om kommersiellt ursprung som uppkommit i samband med åberopande av annans kännetecken vid marknadsföring av reservdelar, tillbehör eller service avsedd för dennes varor annorlunda än vilseledanden om kommersiellt ursprung som uppkommit på annat sätt, finns enligt min mening inte. De refererade KO-avgörandena ger därför

68. Se dock SOU 1966: 71 s 245 f där frågan tangeras.
69. KO dnr 40/74, KO:s tidskrift 1974: 6 s 8.
70. KO dnr 632/75, KO:s tidskrift 1976: 3 s 10.
71. Se ovan s 85 f.
72. Se ovan s 196 f.

inte någon korrekt bild av gällande rätt.

I vissa av sina avgöranden har marknadsdomstolen uttalat att en förutsättning för att ingrepp mot vilseledande om kommersiellt ursprung skall kunna ske är, att det efterbildade kännetecknet är inarbetat. Uppställandet av detta krav har redan kritiserats.[73] Såvitt gäller vilseledande om det kommersiella ursprunget hos reservdelar, tillbehör och service är kravet i särskilt hög grad omotiverat. Sådana varor och tjänster efterfrågas så gott som uteslutande av personer som är innehavare av de produkter reservdelarna, tillbehören eller serviceåtgärderna är avsedda för och vilseledanden som får någon praktisk betydelse kan därför bara uppkomma bland dessa personer. Härav följer att det bara är kännedomen om det åberopade kännetecknet inom denna personkrets som har någon betydelse för antalet förväxlingar. Den personkrets ett kännetecken skall vara känt inom för att vara inarbetat består emellertid inte bara av de som köpt en vara av märket ifråga, utan dessa utgör ofta en minoritet. Ett krav på inarbetning skulle därför i flertalet fall innebära att även personer som inte efterfrågar några reservdelar, tillbehör eller service av det ifrågavarande slaget måste kunna vilseledas för att åberopandet skall anses otillbörligt.

Huruvida åberopande av annans kännetecken är ägnat att ge upphov till vilseledanden om kommersiellt ursprung har således i allmänhet avgörande betydelse för förfarandets tillåtlighet både enligt varumärkeslagen och marknadsföringslagen. I andra hänseenden råder dock betydande skillnader. Åberopande av ett kännetecken som varken är registrerat eller inarbetat kan aldrig strida mot varumärkeslagens regler. Enligt marknadsföringslagen saknar det däremot betydelse om det åberopade kännetecknet är registrerat och inarbetning fordras enligt min mening inte heller. Det avgörande är istället om åberopandet på ett sådant sätt vilseleder konsumenterna att det är otillbörligt enligt marknadsföringslagens generella regler. Även om ett åberopande inte medför något vilseledande är det enligt varumärkeslagens förarbeten otillåtet om det inte grundas på något befogat intresse. Huruvida något sådant intresse föreligger saknar däremot betydelse enligt marknadsföringslagen. Obefogat åberopande strider enligt förarbetena inte

73. Se ovan s 199 ff.

heller annat än möjligen i enstaka undantagsfall mot marknadsföringslagen på den grunden att det skulle utgöra renomésnyltning, eftersom sådan enligt marknadsföringslagens förarbeten endast anses otillbörlig om "förfarandet är ägnat att på ett förkastligt sätt suggerera allmänheten".[74] I motsats till vad som förordas i varumärkeslagens förarbeten är det enligt marknadsföringslagen inte heller i sig förbjudet att använda en näringsidkares kännetecken i sådan särskild utformning som dess innehavare brukar använda det i.

5.1.4 Varumärkesanvändning i jämförande reklam

De regler om jämförande reklam som följer av 2 § MFL bygger på uppfattningen att en korrekt utförd och framställd jämförelse mellan olika varor kan vara av stort värde för konsumenterna.[75] Tidigare i denna framställning har också konstaterats att jämförande reklam är ett medel genom vilket konsumenternas ofta överdrivna uppfattning om skillnaderna i egenskaper mellan varor som kännetecknas av olika varumärken kan korrigeras till fromma både för konsumenterna och konkurrerande näringsidkare.

Möjligheten att använda sig av jämförande reklam blir emellertid helt illusorisk om det inte är tillåtet att i reklamen använda konkurrenternas varukännetecken för att symbolisera deras varor, eftersom konsumenterna annars inte kan informeras om vilka varor som jämförs. Trots att kännetecknsinnehavaren i princip har ensamrätt att i näringsverksamhet använda sitt varukännetecken som symbol för sina varor är det också helt klart att användningen av annans varukännetecken i jämförande reklam är tillåten. Användningen måste dock givetvis ske på ett sådant sätt att konkurrenternas varukännetecken inte uppfattas kännetecknа annonsörens egna varor.[76] Detta följer både av 4 § VmL och 2 § MFL.

Att en konkurrents varukännetecken i en jämförelse används som symbol för dennes varor medför dock inte automatiskt att

74. Prop 1970: 57 s 72. Jfr SOU 1966: 71 s 246.
75. SOU 1966: 71 s 99 ff, prop 1970: 57 s 70, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 150 ff.
76. SOU 1958: 10 s 237, prop 1960: 167 s 65, 70, Heiding, Sv vm-rätt s 54 f, Norberg, Jämförelser i reklam, NIR 1966 s 88.

kännetecknsanvändningen är laglig, utan det fordras även att användaren har ett legitimt intresse av att kunna bruka konkurrentens kännetecken på det sätt som sker. Ett sådant legitimt intresse föreligger enligt förarbetena i allmänhet inte om en näringsidkare t ex anger att han tillhandahåller "likör av BENEDICTINE-typ".[77] På grund av denna intresseavvägning torde det i jämförande reklam inte heller vara tillåtet att använda en konkurrents speciella figurmärke om hans varor lika bra kan identifieras med hjälp av hans kända ordmärke.[78] Likaså är det förbjudet att använda annans kännetecken på sådant sätt att det framstår som en allmän beteckning för varan.[79] Däremot torde användningen av uttryck som "BENEDICTINE-typ" och figurmärken endast stå i strid med marknadsföringslagen om de ger upphov till vilseledanden.

Det kan således konstateras att användningen av annans varukännetecken i jämförande reklam inte är tillåten om användningen är ägnad att medföra vilseledanden om kommersiellt ursprung. I vilken mån även kännetecknsanvändning som inte har denna effekt är lagstridig faller som redan inledningsvis omtalats utanför ramen för denna framställning att analysera.

5.2 Vilseledande om kommersiellt ursprung som en följd av kännetecknsinnehavarens egna åtgärder

I det följande skall något beröras huruvida kännetecknsinnehavarens egna åtgärder kan leda till att konsumenterna på något sätt får en felaktig uppfattning om varornas kommersiella ursprung. De situationer som kommer att behandlas är överlåtelse och licens av varukännetecken.

5.2.1 Överlåtelse

Enligt de nordiska varumärkeslagarna kan rätten till ett varukännetecken överlåtas separat vilket för svensk rätts del framgår av 32 §

77. SOU 1958: 10 s 237, Heiding, a s.
78. Jfr ovan s 339 ang situationen vid reklam för reservdelar som passar för andras varor.
79. SOU 1958: 10 s 237, Holmqvist, Degeneration of Trademarks s 316 f, Kobbernagel, a a s 145.

VmL. Ett och samma kännetecken kan således vid skilda tider symbolisera olika kommersiella ursprung. Varumärkes- och firmautredningen gör dock i sitt betänkande en viss reservation rörande effekten av överlåtelser av varukännetecken som enbart är inarbetade. Efter att ha anfört att rättsverkan av en fri överlåtelse av ett sådant kännetecken måste bedömas med hänsyn till omständigheterna i varje särskilt fall fortsatte utredningen:[1]

"En från rörelsen skild överlåtelse av kännetecken får naturligtvis alltid verkan mellan parterna, d.v.s. att den ursprunglige inarbetaren tillåter förvärvaren att använda kännetecknet och samtidigt upphör att själv begagna det. Vilken verkan överlåtelsen får beträffande den på inarbetning grundade ensamrätten beror däremot på omständigheterna. Det avgörande är inarbetningens art eller, riktigare uttryckt, arten av den föreställning hos omsättningskretsen, som är inarbetningens resultat. Sålunda kan genom inarbetningen allmänheten ha bibragts en sådan uppfattning, att kännetecknet är speciellt förbundet med ett visst företag. Tydligen kan i sådant fall en annan icke förvärva kännetecknet och omedelbart göra gällande ensamrätt till detta utan att samtidigt övertaga själva rörelsen eller del därav. I varje fall kräves någon tids ytterligare inarbetning med annan inriktning för att i allmänhetens medvetande befästa att kännetecknet nu knyter sig till en annan innehavare."

Av uttalandet framgår att i jämförelse med överlåtelser av registrerade kännetecken någon skillnad varken är tänkt att föreligga såvitt gäller förhållandet mellan avtalsparterna eller förvärvarens rätt att använda kännetecknet. Ståndpunktstagandet kan därför inte ha motiverats av önskan att motverka vilseledanden om kommersiellt ursprung. Härför talar också att uttalandet endast tar sikte på enbart inarbetade kännetecken men däremot inte på kännetecken som både är inarbetade och registrerade. Det avgörande för om vilseledanden kan uppkomma är ju däremot om kännetecknet använts.

Även partiell överlåtelse av ett kännetecken är tillåten.[2] Generellt gäller vidare att sådan kännetecken sanvändning som är vilseledande kan förbjudas, 35 § VmL. Om ett registrerat märke över-

1. SOU 1958: 10 s 153. Se även Uggla, Om överlåtelse och licensfrågor inom varumärkesrätten, NIR 1953 s 95 f.
2. SOU 1958: 10 s 151 f.

låtits kan anteckning därom ske i varumärkesregistret, 33 § VmL. Vid fria överlåtelser skall anteckning dock vägras om den nye innehavarens användning av märket uppenbarligen är ägnad att vilseleda allmänheten. Vägrad anteckning har dock ingen betydelse för överlåtelsens giltighet.

Enligt ÄVmL kunde däremot rätten till ett varukännetecken bara överlåtas tillsammans med den rörelse vars varor det begagnades för. Såvitt gällde registrerade märken framgick detta av 8 § ÄVmL men detsamma ansågs gälla även för enbart inarbetade kännetecken.[3] Kännetecknets anknytning till en viss rörelse motiverades enligt förarbetena av att det var just denna rörelses varor som allmänheten fått förtroende för.[4]

Som jämförelse kan nämnas att firma endast kan överlåtas i samband med överlåtelse av den näringsverksamhet i vilken firman används, 13 § FL. Däremot kan sekundära kännetecken överlåtas i samma omfattning som enbart inarbetade varukännetecken.[5]

Det synes framför allt ha varit praktiska överväganden som låg bakom att möjligheten till fria överlåtelser av varukännetecken infördes. I den enquete varumärkes- och firmautredningen vidtog i samband med VmL:s utarbetande, ställdes bland annat frågan om fri överlåtelse av varukännetecken borde tillåtas under förutsättning att allmänheten inte vilseleds. Nästan alla de tillfrågade besvarade frågan med ja. Varumärkes- och firmautredningen delade den i enquetesvaren framkomna åsikten och anförde, att de nackdelar de äldre reglerna hade för näringslivet var betydande samt att inskränkningarna i möjligheten att överlåta ett kännetecken knappast hade någon reell betydelse för att motverka vilseledanden, eftersom reglerna var lätta att kringgå och även varumärkesinnehavaren själv kunde tänkas ändra egenskaperna hos sina varor.[6]

Utanför Norden är rättsläget splittrat. Man kan dock spåra en

3. Uggla, a a s 92.
4. Förslag till lag angående skydd för varumärken s 23.
5. Essén, a a s 61.
6. SOU 1958: 10 s 150. Se också prop 1960: 167 s 166 där det anges att varumärkes- och firmautredningens förslag tillstyrkts av alla remissinstanser. Viss betydelse torde också den diskussion av överlåtelse och licensfrågor ha haft som i anslutning till ett referat av Uggla fördes vid Åttonde nordiska mötet för industriellt rättsskydd i Helsingfors 1953, se NIR 1953 s 84 ff, 200 ff.

tendens i modernare lagstiftning att tillåta fria överlåtelser. Varken i tysk eller i amerikansk rätt är emellertid fri överlåtelse möjlig. För tysk rätts del framgår detta av 8 § WZG enligt vilken ett varumärke bara kan överlåtas i samband med överlåtelse av den rörelse eller del av rörelse till vilket kännetecknet anknyter. Förbudet gäller även icke använda märken. Syftet med bestämmelsen är att skydda allmänheten mot vilseledanden.[8] Stadgandet kan dock, liksom var fallet med motsvarande bestämmelse i ÄVmL,[9] lätt kringgås genom att varumärkesinnehavaren låter avregistrera sitt märke och en annan näringsidkare därefter registrerar märket för egen räkning.[10] För den nye innehavaren medför detta emellertid att prioriteten försämras. Regeln tolkas inte heller så strängt som ordalydelsen tyder på. Så behöver t ex inte överlåtelsen av rörelsen ske samtidigt som överlåtelsen av varumärket.[11]

Enligt amerikansk common law anses ett varumärke endast kunna överlåtas tillsammans med den goodwill det representerar. Det i första hand avgörande är härvid huruvida den nye innehavaren i samband med varumärkesöverlåtelsen även förvärvar så mycket information att han kan marknadsföra varor med samma egenskaper och kvalitet som den tidigare innehavarens.[12] Principen finns också lagfäst i sec 10 Lanham Act. Syftet med dessa regler är att skydda allmänheten.[13] I realiteten torde dock reglerna ganska ofta nonchaleras.[14]

I t ex fransk och österrikisk rätt är däremot fri överlåtelse tillåten och för registrerade varumärken gäller detsamma även i engelsk rätt.[15] Fri överlåtelse är vidare möjlig enligt Benelux-län-

7. Se härom Baumbach-Hefermehl II, § 8 anm 1 ff, Busse, § 8 anm 1 ff, Tietgen, a a s 60 ff.
8. Baumbach-Hefermehl II, § 8 anm 2, Busse, § 8 anm 1, Tietgen, a a s 61 och från praxis bl a BGH i GRUR 1971 s 573 (Nocado).
9. Eberstein, Några varumärkesrättsliga spörsmål s 40 ff, Heiding, avh s 185.
10. Baumbach-Hefermehl II, § 8 anm 2, Busse, § 8 anm 2, Hubmann, a a s 217.
11. BGH i GRUR 1971 s 573 (Nocado).
12. Bohlig i Die Warenzeichenlizenz s 363 ff, Callman, vol 3 s 416 ff, McCarthy, vol 1 s 605 ff.
13. McCarthy, a a s 607.
14. Se t ex Callman, a a s 418, Isaacs, Traffic in Trade-Symbols, 44 Harvard Law Review s 1210 ff (1930—31).
15. Se härom Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, s 13 - 01 ff, Reimer i Die Warenzeichenlizenz s 322 ff, Tietgen, a a s 66 ff.

dernas uniforma varumärkeslag och enligt förslaget till EG-varumärkesförordning.

Överlåtelse av varumärke behandlas också i art 6 quater ParisK som har följande lydelse:

"1. Om enligt ett unionslands lagstiftning överlåtelse av ett varumärke icke är giltig annat än om den äger rum samtidigt med överlåtelse av det företag eller den handelsrörelse, vartill märket hör, skall det för giltig överlåtelse dock anses tillräckligt, att till förvärvaren övergår den del av företaget eller handelsrörelsen, som är belägen i detta land, med uteslutanderätt att där tillverka eller försälja de varor, varpå det överlåtna märket finns anbragt.
2. Denna bestämmelse ålägger icke unionsländerna någon förpliktelse att anse en överlåtelse giltig, om förvärvarens användande av märket i själva verket skulle vara ägnat att vilseleda allmänheten, särskilt angående ursprunget, beskaffenheten och de väsentliga egenskaperna hos de varor, för vilka märket är avsett."

Av andra stycket framgår således att den mycket begränsade inskränkning i medlemsländernas möjligheter att lagstifta om villkoren för överlåtelse av varumärke som uppställs i första stycket inte lägger några hinder i vägen för bestämmelser som skyddar allmänheten mot olika typer av vilseledanden, däribland även vilseledanden om kommersiellt ursprung.[16]

Principiellt sett är möjligheten till fri överlåtelse av varukännetecken intressant, bl a eftersom den är ett av de tydligaste tecknen på att rätten till ett varukännetecken är en civilrättslig rättighet som dess innehavare disponerar över, låt vara inom vissa gränser, och inte såsom tidigare en offentligrättsligt betonad rätt att få bruka ett visst kännetecken.

Vid första anblicken kan möjligheten att överhuvudtaget kunna överlåta ett varukännetecken förefalla disharmoniera med kännetecknets funktion att särskilja varor efter deras kommersiella ursprung. Huruvida så är fallet är emellertid i hög grad beroende på vad som menas med begreppet kommersiellt ursprung. Något försök att definiera detta begrepp skall lika lite göras här som tidigare.[17] Jag vill dock framhålla att om det skall vara meningsfullt

16. Bodenhausen, a a s 106, Ladas, a a s 1311.
17. Se ovan s 319 f.

att diskutera vilseledande om kommersiellt ursprung, så får detta ursprung inte fattas så snävt och formalistiskt att det är begränsat till en viss juridisk person, t ex den som i varumärkesregistret står antecknad som varumärkesinnehavare. Det kommersiella ursprunget måste istället sägas utgöra den ekonomiska enhet som varorna härstammar ifrån.[18] Detta ligger också helt i linje med den tolkning av varumärkesrättens omfattning som ligger till grund för gränsdragningen mellan tillåten och otillåten parallellimport.

Det kan tyckas självklart att det kommersiella ursprunget aldrig kan ändras om ett varumärke överlåts tillsammans med den rörelse vars varor det symboliserar. Självklarheten härav kan dock diskuteras. Antag att rörelsen består av ett enmansföretag och att detta helt får sin prägel av ägarens person. Detta är inte helt ovanligt bland företag som är verksamma inom servicesektorn. Skulle bolaget överlåtas och den förre ägaren därvid helt upphör att vara verksam i företaget förefaller det mig mest närliggande att anse att det kommersiella ursprunget ändras. Efter överlåtelsen är det ju endast formellt samma företag som tidigare. Även om varumärket överlåts tillsammans med den rörelse vars varor eller tjänster det kännetecknar kan således med ovanstående betraktelsesätt det kommersiella ursprunget undantagsvis ändras.

Å andra sidan behöver inte en fri överlåtelse medföra att det kommersiella ursprunget skiftar. Antag t ex att ett företag låter ett dotterföretag tillverka de varor som symboliseras av moderbolagets kännetecken, men att moderbolaget finner att det vore lämpligare om dotterföretaget självt var innehavare av kännetecknet. Skulle moderbolaget då överlåta kännetecknet till dotterföretaget innebär detta inte att det kommersiella ursprung kännetecknet symboliserar växlar, eftersom moder- och dotterföretag normalt utgör samma kommersiella ursprung. Ett förbud mot fria överlåtelser medför därför onödigt besvär för näringsidkarna vid överlåtelser mellan personer eller företag som utgör samma kommersiella ursprung.

Något skäl att inte tillåta fri överlåtelse av icke använda kännetecken finns knappast. Även om kännetecknet överlåts till någon person eller företag som inte tillhör samma ekonomiska enhet och

18. Liknande Beier-Krieger, a a s 126 f.

det kommersiella ursprung kännetecknet är avsett för därmed ändras, saknar detta från konsumentsynpunkt helt intresse, eftersom kännetecknet för allmänheten varken fyller någon ursprungsfunktion eller annan funktion.

Fria överlåtelser av använda kännetecken kan däremot leda till vilseledanden både om varornas kommersiella ursprung och om deras egenskaper. Sistnämnda förhållande beror på att konsumenterna antar att de varor som kännetecknas av ett visst varumärke har, inom vissa ramar, konstanta egenskaper och att den nye innehavaren kan komma att sakna möjlighet att åstadkomma varor vars egenskaper ligger inom dessa ramar. Ökad risk för vilseledanden om varornas egenskaper föreligger dock inte vid alla överlåtelser av använda kännetecken. Som exempel kan nämnas att en distributör A som har ett eget distributörsmärke vilket han använder för varor som han låtit tillverka hos X överlåter märket till en annan distributör som också avser att använda märket för varor som tillverkas av X eller att A överlåter märket till X själv.

Som redan tidigare framhållits kommer i detta stycke endast vilseledande om kommersiellt ursprung att behandlas. Huruvida ingrepp kan ske mot användningen av kännetecken som efter överlåtelse på annat sätt är vilseledande analyseras nedan i avsnitt 6.2.1.2 och 6.2.2.5.1.[19]

Även om fria överlåtelser av använda märken kan ge upphov till vilseledanden om kommersiellt ursprung är det klart att nackdelarna för konsumenterna av sådana vilseledanden kan variera starkt från fall till fall. För det första är den ursprungsangivande effekten inte lika stor hos alla använda varukännetecken och det är ju inte heller kännetecknens uppgift att ange vilken person eller vilket företag som det kommersiella ursprunget utgörs av.[20] Generellt sett är den ursprungsangivande effekten starkast hos sådana "house marks" som direkt utpekar den som står bakom varan. Om märket är mycket välkänt är det dock inte ovanligt att konsumenterna känner till vem som är dess innehavare även om detta inte framgår av kännetecknet i sig. Ju svagare ursprungsangivande effekt, desto mindre nackdelar från konsumentsynpunkt får i allmänhet möj-

19. Se s 392 ff resp s 449 f.
20. Se ovan s 34.

ligheten till fri överlåtelse av använda kännetecken. I praktiken förekommer det dock knappast att använda kännetecken med stark ursprungsangivande effekt överlåts separat.

För det andra är det klart att betydelsen av det kommersiella ursprunget varierar avsevärt beroende på vilken vara det är fråga om och vilka varor kännetecknensinnehavaren i övrigt marknadsför. Särskilt stor torde betydelsen vara för sådana tjänster där konsumenterna fäster särskild vikt vid vem som utför dem, t ex mäklartjänster.

Vid partiella överlåtelser av varukännetecken kan speciella problem uppkommma. Vanligen är det då fråga om överlåtelse av rätten att använda ett kännetecken för sådana varor som det endast i defensivsyfte registrerats för. Om de varor innehavaren har kvar rätten till varumärket för är av så olika slag, att konsumenterna inte kan komma att vilseledas om varornas kommersiella ursprung, även om kännetecknet används parallellt av båda innehavarna, kan givetvis inte några nackdelar uppkomma för konsumenterna. Motsatsen blir dock fallet om innehavarna efter överlåtelsen använder kännetecknet för sådana typer av varor att konsumenterna på grund av det identiska kännetecknet vilseleds att tro att varorna har samma ursprung. Eftersom detta medför nackdelar även för överlåtaren är sådana överlåtelser ovanliga. I den österriskiska varumärkeslagen, 11 §, 1 p, finns emellertid ändå ett uttryckligt förbud mot överlåtelser av denna typ.

Möjligheten till fri överlåtelse av varukännetecken visar att lagstiftaren inte ansett att risken för att sådana överlåtelser skall leda till vilseledanden om varors kommersiella ursprung ensamt har så stor betydelse att den motiverat någon begränsning i överlåtelserätten.[21] Ståndpunkten ligger helt i linje med den åsikt som förfäktas av KO i andra ärenden rörande vilseledande om kommersiellt ursprung.[22] Som ovan anförts tycks dock värdet av upplysningar om en varas kommersiella ursprung ofta undervärderas.[23] Å andra sidan skulle som också framgått en återgång till ÄVmL:s

21. För och nackdelar av en möjlighet till fria överlåtelser diskuteras bl a av Tietgen, a a s 78 ff.
22. Se ovan s 85 f.
23. Se ovan s 87 f.

förbud mot fria överlåtelser gå utöver vad konsumentintresset motiverar. Varken en generell möjlighet till fria överlåtelser eller ett generellt förbud däremot synes därför vara någon idealisk lösning.

Mot bakgrund av det sagda kan man fråga sig om förbudet mot vilseledande varumärkesanvändning i 35 §, 1 st VmL kan vara tillämpligt om en ny innehavare använder sitt kännetecken på ett sådant sätt att allmänheten vilseleds om hans varors kommersiella ursprung? Svaret torde vara nej. Handlingar som enligt ett stadgande i VmL uttryckligen är tillåtna kan knappast anses strida mot 35 §. Eftersom fria överlåtelser av använda kännetecken typiskt sett medför att de kommersiella ursprung de överlåtna kännetecknen symboliserar växlar och därmed också att risk för faktiska vilseledanden om ursprunget uppkommer, får dessa vilseledanden anses vara accepterade av lagstiftaren. Gentemot det sagda kan invändas att lagrådet vid granskning av förslaget till varumärkeslag påpekade att det borde vara möjligt att med stöd av 35 § VmL ingripa mot starkt förväxlingsbara kännetecken.[24] Den typ av vilseledande användningen av sådana kännetecken kan ge upphov till är ju primärt också vilseledande om kommersiellt ursprung. Det måste emellertid observeras att användningen av ett förväxlingsbart varumärke generellt är förbjuden enligt 4 § VmL, medan användningen av ett överlåtet kännetecken enligt 32 och 33 §§ är tillåten. Att med stöd av 35 § VmL förbjuda användningen av förväxlingsbara kännetecken står därför helt i överensstämmelse med varumärkeslagens övriga regler, medan detta inte skulle vara fallet om användningen av ett märke som efter överlåtelse vilseleder om de kännetecknade varornas kommersiella ursprung förbjöds med stöd av 35 §.

Kännetecksanvändning som medför vilseledanden om kommersiellt ursprung kan som bekant även strida mot 2 § MFL. I samtliga de avgöranden där sådant vilseledande ansetts föreligga har det emellertid varit fråga om kännetecksanvändning av sådan art som typiskt sett kan leda till intrång i en kännetecksrätt och som således även kan strida mot varumärkes- eller firmalagarna. Här handlar det däremot om en kännetecksanvändning vilken som typ betraktat enligt varumärkeslagen uppenbarligen är tillåten.

24. Prop 1960: 167 s 254.

Marknadsföringslagen är visserligen fullt tillämplig på användningen av vilseledande kännetecken.[25] Det har i praxis också slagits fast att lagen kan användas för att komplettera speciallagstiftning, som ju VmL i detta fall utgör, och i vissa hänseenden även korrigera resultaten av speciallagstiftningens tillämpning.[26] Till exempel kan även sådan varukänneteckensanvändning som inte är vilseledande enligt 35 § VmL vara otillbörlig enligt 2 § MFL.

Om ingrepp med stöd av MFL skulle ske mot en ny innehavares användning av ett överlåtet kännetecken är det emellertid inte längre fråga om att komplettera och korrigera speciallagstiftning, utan istället om att förbjuda en åtgärd som i annan lagstiftning avsiktligen förklarats tillåten. Den allmänna lagtolkningsprincipen att om två stadganden av samma dignitet leder till olika resultat skall det stadgande som uttryckligen tar sikte på den aktuella situationen har företräde framför det mer generella stadgandet[27] leder då till, att MFL inte är tillämplig när användningen av ett överlåtet varukännetecken vilseleder om kommersiellt ursprung.

Samma resultat leder även andra övervägande till. I den aktuella frågan synes förhållandet mellan VmL och MFL ha betydande paralleller med förhållandet mellan immaterialrättslagstiftningen och konkurrensbegränsningslagstiftningen. Här har marknadsdomstolen i det kända Däckdubbsmålet,[28] som rörde frågan om vissa överenskommelser i ett patentlicensavtal medförde skadlig verkan enligt 5 § KBL, uttalat:

"Av de nu redovisade lagstiftningsförarbetena kan således konstateras att det beträffande konkurrensbegränsningslagstiftningens tillämplighet inte föreligger någon absolut principskillnad mellan konkurrensbegränsande åtgärder som har sin grund i den legala ensamrätten och konkur-

25. Prop 1970: 57 s 89 f. Se för olika typer av vilseledanden närmare ovan s 126 ff, 188 ff, 300 ff, 336 ff och 341 ff samt nedan s 408 ff.
26. Se bl a MD 1972: 9 (= PKF 1972: 6—7 s 145, Rymddrink) och vidare Bernitz, Upplysningspliktens gränser enligt marknadsföringslagen, NIR 1973 s 424 ff, Bernitz-Pehrson, a a s 204 f.
27. Se t ex Peczenik, Juridikens metodproblem s 106 f.
28. MD 1972: 7 (= NIR 1972 s 443, PKF 1972: 5 s 106). Se om målet Bernitz, Licensavtal och konkurrensbegränsning, NIR 1973 s 1 ff, Blok, De i patentet indeholte begrænsninger i patentlicensaftaler, NIR 1973 s 351 ff, Löwbeer, Konkurrenslagstiftningens förhållande till immaterialrätten, PKF 1974: 10 s 61 ff och Sandgren, Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler, NIR 1974 s 257 ff.

rensbegränsande åtgärder utanför ramen för ensamrätten. Såvitt gäller ingripanden mot skadlig verkan av åtgärder som har sin grund i ensamrätten blir frågan, om förhandling skall upptas eller inte, beroende av bedömningen, huruvida det i och för sig rättsenliga utnyttjandet av patentet innebär en konkurrensbegränsning med längre gående verkan än patenträtten kan anses rättfärdiga."

Fyra domare anmälde dock avvikande mening. Av minoritetens vota framgår inte huruvida de fyra dissidenterna var helt överens med majoriteten på den aktuella punkten, men de uttalade att de delade majoritetens uppfattning att ingrepp med stöd av 5 § KBL undantagsvis kan ske mot till licensavtal knutna kvoteringsregler som faller inom ramen för patenträtten.

Applicerad på förhållandet mellan VmL och MFL skulle principen medföra att varukänneteckensanvändning som enligt VmL förutsätts tillåten kan förbjudas enligt 2 § MFL endast såvida den framstår som mer otillbörlig än vad VmL:s regler och de överväganden som ligger bakom dem kan rättfärdiga. Risken för att fria överlåtelser kan leda till vilseledanden om kommersiellt ursprung är förutsatt i VmL:s förarbeten, men den ansågs inte ha så stor vikt att sådana överlåtelser borde förbjudas.[29] Varumärkeslagen måste därför sägas rättfärdiga sådana vilseledanden om kommersiellt ursprung som har sin grund i en överlåtelse, såvida vilseledandet inte är av särskilt allvarlig beskaffenhet.

Slutsatsen av ovanstående blir således att förbud enligt 2 § MFL inte annat än i vissa undantagsfall kan meddelas mot sådana vilseledanden om kommersiellt ursprung som är en direkt följd av varukänneteckensöverlåtelser.[30]

Skulle det vara av särskild betydelse för konsumenterna att få vetskap om att det ifrågavarande kännetecknet innehas och används av en annan näringsidkare än tidigare kan däremot den nye innehavaren med stöd av 3 § MFL åläggas att lämna konsumenterna information om överlåtelsen. I de situationer där det enligt ovan kan uppkomma mer betydande vilseledanden om kommer-

29. Se t ex SOU 1958: 10 s 153.
30. Bernitz, Marknadsföringslagen och känneteckensskyddet, NIR 1975 s 205 f, har möjligen en annan åsikt. I Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 106 uttalas dock att nuvarande 2 § MFL givetvis bör tillämpas på ett sätt som är väl förenligt med annan lagstiftning och bakom denna liggande principer.

siellt ursprung torde därför informationsföreläggande kunna meddelas. Det bör dock poängteras att det fortfarande är relativt oklart hur stor räckvidd 3 § MFL har.[31]

5.2.2 Licens

Ensamrätten till ett varukännetecken kan i så gott som alla länder licensieras.[32] För svensk rätts del framgår detta av 34 och 35 §§ VmL. Möjligheten att upplåta licens innefattar även endast inarbetade kännetecken. Om känneteckensinnehavaren är känd av allmänheten medför dock sådan licens enligt varumärkes- och firmautredningen en viss risk för att ensamrätten gradvis övergår till licenstagaren. Är däremot känneteckensinnehavaren okänd kan licensen få full rättsverkan.[33] Skulle licenstagarens användning av det licensierade kännetecknet vilseleda allmänheten kan användningen förbjudas, 35 § VmL. För registrerade märken gäller vidare att licensen inte kan antecknas i varumärkesregistret om märket i licenstagarens hand uppenbarligen är ägnat att vilseleda allmänheten. Att kännetecknet är vilseledande har dock inte i sig någon betydelse för licensens giltighet.

I ÄVmL fanns däremot inga regler om varumärkeslicens. Licenser förekom dock i icke obetydlig omfattning och det förelåg ingen tvekan om att licensiering var tillåten.[34] På många andra punkter var däremot rättsläget osäkert.

Liksom frågan om fri överlåtelse skulle tillåtas var möjligheten att licensiera ett varukännetecken föremål för särskilda överväganden av varumärkes- och firmautredningen.[35] Av svaren på den enquete till näringslivet som utredningen företog framgår att så gott som alla de tillfrågade ansåg att licens bör vara tillåten, men att någon närmare lagreglering inte var önskvärd.[36]

Trots att den tyska WZG helt saknar bestämmelser om varumär-

---

31. Se närmare nedan s 467 ff.
32. Ladas, a a s 1129.
33. SOU 1958: 10 s 157.
34. A a s 144 f, Brann i NIR 1941 s 31 ff i anledning av NJA 1941 B 55, Heiding, avh s 187 ff, Uggla, a a s 98 ff.
35. SOU 1958: 10 s 141 ff.
36. A a s 154.

keslicens är det helt klart att licensiering är tillåten.[37] Om licenstagarens användning av det licensierade kännetecknet skulle leda till vilseledanden både om det kommersiella ursprunget och egenskaperna hos licenstagarens varor kan emellertid användningen strida mot 1 och 3 §§ UWG. Till skillnad från vad som gäller i svensk rätt kan en sådan rättsstridig användning leda till att licensavtalet är ogiltigt, 134 och/eller 138 §§ BGB.

Licensiering är tillåten även enligt amerikansk rätt. En generell förutsättning är dock att licensgivaren på ett adekvat sätt kontrollerar egenskaperna och kvaliteten hos de varor det licensierade kännetecknet används för.[38] Regeln har till syfte att förhindra att licenstagarens kännetecknsanvändning skall kunna vilseleda konsumenterna om hans varors egenskaper.[39]

Vissa bestämmelser om samtidig användning av ett märke finns intagna i ParisK:s art 5 C 3 som har följande lydelse:

"Samtidig användning av samma märke för samma eller liknande varor genom industri- eller handelsföretag, som enligt de inhemska lagbestämmelserna i det land, där skyddet begärts, anses vara medägare till märket, skall icke i något unionsland hindra registreringen eller på något sätt minska det åt märket givna skyddet, såframt denna användning icke har till verkan, att allmänheten vilseleds, eller är stridande mot allmänintresset."

Artikeln tar således bara sikte på ett märkes samtidiga användning av olika näringsidkare som enligt den nationella lagstiftningen anses som medinnehavare av märket.[40] På grund av detta mycket smala tillämplighetsområde saknar artikeln praktisk betydelse i länder där, liksom i Sverige, licens är tillåten.[41]

Varumärkeslicenser utgör vanligen endast en del, men ofta en nödvändig sådan, av ett betydligt mer omfattande avtal och kan

37. Se exempelvis Baumbach-Hefermehl II, Anh § 8 anm 1 ff, Krieger i Die Warenzeichenlizenz, s 26 ff, Tietgen, a a s 93.
38. Se ex Callman, a a s 458 f, McCarthy, a a s 633 ff. Ett av de första avgöranden som bröt med den gamla regeln att varumärkeslicenser inte är tillåtna är E I Du Pont De Nemours & Co v. Celanese Corp, 167 F2d 484, 3 ALR2d 1213 (1948).
39. Se härom närmare nedan s 398 ff.
40. Denna begränsning vållar en del problem, eftersom gemensamt innehav av ett varumärke i många unionsländer inte är tillåten.
41. Se om artikels tillkomst, tolkning och olika ändringsförslag Beier i Die Warenzeichenlizenz s 555 ff, Bodenhausen, a a s 77 f, Ladas, a a s 1315 ff.

motiveras av ett flertal olika skäl.[42] Många gånger är det på grund av bristande kapacitet eller höga transportkostnader omöjligt för ett företag att själv tillgodose den totala efterfrågan på företagets produkter. I andra fall kan ett annat företag ha bättre möjligheter att tillverka och marknadsföra en viss produkt. Ett licensavtal inkluderande en varumärkeslicens är då ofta en praktisk lösning både från företagsekonomisk och samhällsekonomisk synpunkt. Tillverknings- och varumärkeslicenser kan även av etableringsrättsliga, arbetsrättsliga, valutarättsliga och skatterättsliga skäl utgöra den enda möjligheten att börja marknadsföra en produkt i en viss stat. Varumärkeslicenser kan också fungera som ett medel att hålla ihop kedjor bestående av i sig självständiga företag, t ex livsmedelshandlarkedjor, och varumärkeslicenser ingår därför regelmässigt i franchisingavtal.[43]

Eftersom varumärkeslicenser vanligen endast utgör delar av betydligt mer omfattande överenskommelser vilka kan ha de mest skiftande verkningar, kan några generella uttalanden om varumärkeslicensernas samhällsekonomiska verkningar samt totala för- eller nackdelar för konsumenterna inte göras.[44] Av samma skäl är det också uppenbart att införandet av mer betydande generella rättsliga inskränkningar i möjligheterna att licensiera varukännetecken kan få stora ekonomiska verkningar. Hur en enskild konsument kan tänkas uppfatta vissa olika licensieringsfall kan däremot lättare beskrivas.

Om i ett licensavtal föreskrivs, att de varor licenstagaren får använda det licensierade kännetecknet för skall vara identiska med de varor licensgivaren själv marknadsför och så i realiteten även är fallet, kan konsumenterna uppenbarligen inte på grund av varukännetecknet vilseledas angående egenskaperna hos licenstagarens varor. I dylika fall är licensavtalen vanligen också ganska omfattande vilket medför att det kan diskuteras huruvida licenstagaren utgör samma kommersiella ursprung som licensgivaren.[45] Detta är emellertid en rent terminologisk fråga och svaret beror på vad som

42. Ang den samhällsekonomiska bakgrunden till licensiering generellt, se Sandgren, Patentlicenser s 9 ff.
43. Olika motiv till varumärkeslicenser anges bl a i Ladas, a a s 1127 f.
44. Se härom Sandgren, a a s 9 ff.
45. Beier-Krieger, a a s 126 f.

avses med begreppet "kommersiellt ursprung".[46] Mer omfattande licensavtal torde dock ofta innehålla en klausul enligt vilken licenstagaren är skyldig att upplysa allmänheten om att han använder det ifrågavarande kännetecknet med stöd av en licens. Om denna information är tillräckligt tydlig kan konsumenterna inte vilseledas om varornas kommersiella ursprung oavsett hur detta definieras.

Den helt motsatta situationen är då licensavtalet bara innehåller en bestämmelse om att licenstagaren får använda ett visst kännetecken, men avtalet varken innehåller några föreskrifter om vilka egenskaper licenstagarens varor skall ha eller om att licenstagaren måste ange att kännetecknet används med stöd av en licens. Skulle egenskaperna hos licenstagarens och licensgivarens varor skilja sig åt uppkommer då en avsevärd risk för att konsumenterna kan komma att vilseledas, eftersom de vanligen antar att varor som kännetecknas av samma varumärke har vissa gemensamma egenskaper eller karakteristika.[47] Vidare kan konsumenterna vilseledas om det kommersiella ursprunget hos licenstagarens varor antingen genom att de vet vilken näringsidkare som är kännetecknsinnehavare eller genom att de tror att alla varor av samma slag som symboliseras av samma kännetecken har ett gemensamt ursprung. En ren varumärkeslicens och inget mer kan ju definitivt inte vara tillräckligt för att licensgivaren och licenstagaren skall anses utgöra samma kommersiella ursprung. Att märka är emellertid att kännetecknsinnehavaren normalt har ett starkt intresse av att licenstagarens varor har samma egenskaper som hans egna, eftersom det licensierade kännetecknets goodwill annars lätt kan gå till spillo. Intresseläget vid licensavtal är således ett annat än vid överlåtelse, då det kan vara relativt likgiltigt för överlåtaren om goodwillvärdet efter överlåtelsen försämras.

Det kan också tänkas att ett varumärke som innehavaren varken använt eller tänker börja att använda licensieras. Licenstagarens kännetecknsanvändning kan då uppenbarligen varken leda till vilseledanden om hans varors kommersiella ursprung eller egenskaper. Eftersom licenstagarens användning av kännetecknet torde medföra att innehavaren uppfyllt användningstvånget kan en sådan

46. Se ovan s 319 f, 348 f.
47. Se ovan s 68 ff.

licensiering pågå under obegränsad tid.[48]

Vidare kan en näringsidkare tänkas licensiera ett kännetecken för varor av andra slag än de han själv använder kännetecknet för. Konsumenterna kan då givetvis inte vilseledas på så sätt att de tror att egenskaperna hos licensgivarens och licenstagarens produkter är identiska. Beroende på vilka varor det i det enskilda fallet är fråga om kan dock konsumenterna dels få uppfattningen att varorna har samma kommersiella ursprung, dels tro att egenskaper av typen kvalitetsnivå och dylikt är densamma. Vilseledanden i dessa hänseenden innebär dock vanligen nackdelar även för licensgivaren och sådana licenser torde därför höra till undantagen.

Slutsatsen av ovanstående blir att tillåtligheten av varumärkeslicenser är mycket välmotiverad. Beroende på licensavtalets utformning och omfattning kan dock användningen av det licensierade kännetecknet i vissa fall leda till vilseledanden om licenstagarens varors kommersiella ursprung och/eller egenskaper. I detta stycke skall bara vilseledanden om kommersiellt ursprung diskuteras, medan frågan huruvida användningen av kännetecken som efter licens kan vilseleda om egenskaperna hos licenstagarens varor kan förbjudas med stöd av VmL eller MFL analyseras nedan i avsnitt 6.2.1.2 respektive 6.2.2.5.1.[49]

Rörande möjligheten att förbjuda användningen av ett kännetecken som efter licens vilseleder om det kommersiella ursprunget hos licenstagarens varor kan emellertid hänvisas till vad som ovan sagts om användningen av ett överlåtet kännetecken som medför sådant vilseledande.[50] Detta innebär att varken 35 § VmL eller 2 § MFL är tillämplig, sistnämnda stadgande dock möjligen med undantag för enstaka särskilt allvarliga fall. Om det har särskild betydelse från konsumentsynpunkt kan däremot en näringsidkare med stöd av 3 § MFL åläggas att informera om att han använder kännetecknet ifråga med stöd av en licens.

---

48. Enligt varumärkes- och firmautredningen skall licenstagarens användning i regel tillgodoräknas känneteckensinnehavaren i inarbetningshänseende m m, SOU 1958: 10 s 156. Huruvida motsvarande skall gälla för användningstvånget hade utredningen inte anledning att gå in på, eftersom utredningens förslag inte innehöll något användningstvång. Frågan berörs inte heller i propositionen. Den i texten hävdade ståndpunkten synes dock ligga i linje med grundtankarna bakom VmL.
49. Se nedan s 392 ff resp s 449 ff.
50. Se ovan s 352 ff.

6 Varukännetecken som är vilseledande utan att vara förväxlingsbara

Som redan framförts[1] görs i varumärkeslagen en distinktion mellan förväxlingsbara och vilseledande varukännetecken. Som förväxlingsbara betecknas de kännetecken som är så lika andra kännetecken att allmänheten riskerar att blanda ihop dem. Vilseledande anses som huvudregel bara de kännetecken vara som av någon annan anledning än likhet med andra kännetecken ger upphov till vilseledanden. Förväxlingsbara varumärken anses primärt ge konsumenterna en felaktig uppfattning om de kännetecknade varornas kommersiella ursprung, medan vilseledande varumärken ger upphov till oriktiga uppfattningar om varornas egenskaper, användningsområden, kvalitet m m.

Som tidigare framhållits[2] är nämnda distinktion inte särskilt lyckad. Visserligen är det uppenbart att förväxlingsbara varukännetecken typiskt sätt vilseleder om de kännetecknade varornas kommersiella ursprung. Eftersom många kännetecken av konsumenterna förbinds med mer eller mindre specifika egenskaper, är det emellertid inte ovanligt att vilseledanden om kommersiellt ursprung i sin tur leder till vilseledanden om varornas egenskaper. Förväxlingsbara och vilseledande kännetecken kan således ge upphov till samma felaktiga uppfattning. Skillnad råder däremot mellan de sätt på vilka vilseledandena uppkommer. Förväxlingsbara kännetecken vilseleder konsumenterna genom att de sammanblandas, medan vilseledande kännetecken ger upphov till felaktiga uppfattningar även om de inte jämförs med andra kännetecken.

I marknadsföringslagen används däremot en annan terminologi.

1. Se ovan s 17 f, 279 ff, 293 ff.
2. Se ovan s 296.

Även förväxlingsbara varumärken betecknas där som vilseledande.

Som framgått av kapitel 4 där förväxlingsreglerna ingående analyserats är användningen av förväxlingsbara kännetecken inte tillåten. Detta betyder att det är otillåtet att använda kännetecken som genom att de kan blandas ihop med andra märken kan vilseleda konsumenterna om varors egenskaper och kvalitet m m. I detta kapitel skall istället de regler behandlas som tar sikte på varukännetecken som utan att vara förväxlingsbara ger ett felaktigt intryck om de kännetecknade varornas egenskaper och kvalitet m m. Endast sådana märken avses därför när det i detta kapitel talas om vilseledande kännetecken, såvida inte annat uttryckligen uttalas.

Vid varumärkeslagens tillkomst rådde en jämförelsevis liberal inställning till vilseledande kännetecken. Denna inställning kontrasterar stakt mot de stänga regler som enligt marknadsföringslagen gäller för alla typer av vilseledande framställningar. Även firmalagens vilseledanderegler är strängare än varumärkeslagens.

Trots detta finns ett flertal stadganden som tar sikte på vilseledande varukännetecken, nämligen

1. 14 §, 2 p VmL, vilken innehåller förbud mot registrering av uppenbart vilseledande varumärken,
2. 25 §, 2 st VmL, där det stadgas att registrering av varumärke som blivit vilseledande får hävas,
3. 33 och 34 §§ VmL, i vilka det föreskrivs att anteckning i varumärkesregistret inte får ske av överlåtelse eller licens, om den nye innehavarens eller licenstagarens användning av varumärket uppenbarligen är ägnad att vilseleda allmänheten,
4. 35 § VmL, där det stadgas att användningen av vilseledande varukännetecken kan förbjudas samt
5. 2 och 3 §§ MFL.

När det gäller vilseledande varumärken består konsumentintresset givetvis i första hand av att vilseledande varumärken inte används. Detta innebär dock inte att de bestämmelser som ej gäller användningsförbud, t ex registreringshindret för uppenbart vilseledande varumärken, är likgiltiga från konsumentsynpunkt. Motsvarande skäl som de som talar för att inte tillåta registrering av förväxlings-

bara varumärken talar också för att förbjuda registrering av vilseledande märken.[3]

I detta kapitel kommer inledningsvis registreringshindret för uppenbart vilseledande varumärken att analyseras. Därefter behandlas de regler om förbud mot användning av vilseledande varukännetecken som finns i VmL och i samband därmed stadgandena om förbud mot anteckning i varumärkesregistret av vissa överlåtelser och licenser. Avslutningsvis kommer möjligheterna att ingripa med stöd av 2 och 3 §§ MFL att analyseras.

6.1 Registreringshindret för uppenbart vilseledande varumärken

Som redan framgått råder registreringshinder för uppenbart vilseledande varumärken, 14 §, p 2. Någon motsvarighet till detta stadgande fanns inte i äldre varumärkeslagen och patentverket ansåg sig normalt inte heller kunna vägra registrering av vilseledande varumärken med stöd av allmänna rättsgrundsatser.[1]

Såvitt gäller 14 §, 2 p görs som redan ovan framgått[2] ett undantag från distinktionen mellan förväxlingsbara och vilseledande kännetecken. Användningen av ett märke som är identiskt eller nästan identiskt med ett annat märke som redan tidigare är skyddat för varor av samma slag anses nämligen vilseledande och registrering av sådana märken beviljas därför inte heller efter medgivande. Reglerna härom har redan behandlats och denna typ av vilseledande kommer därför inte att beröras i det följande.

---

3. Se ovan s 205 f. Rissanen, a a s 13 not 27 anger däremot att i Finland sökandena inte tillnärmelsevis alltid avstått från användning av ett ifrågasatt vilseledande varumärke.

1. Prop 1931: 175 s 21, SOU 1958: 10 s 279, 326. Heiding, avh s 200 ff, hävdar dock att registrering av uppenbart vilseledande varumärken borde ha kunnat nekas även enligt ÄVmL. Registrering av vilseledande firma kunde också i vissa fall vägras redan före ikraftträdandet av den nu gällande firmalagen. Se SOU 1967: 35 s 213 f, Bernitz, Marknadsföringslagen och känneteckensskyddet, NIR 1975 s 184 f, Essén, a a s 50. Från praxis RÅ 1931 s 168 (STOCKHOLMS PANTBOD, FÖRSÄLJNINGSLOKAL, S LINDSTRÖM), RÅ 1963 H 42 (= NIR 1963 s 224, THE SWEDISH RADIO & TELEVISION CORPORATION AKTIEBOLAG), RÅ 1963 H 45 (TAILOR CLUB, ALMSTRÖM & GÖRANSSON), RÅ 1969 H 52 (= NIR 1970 s 109, TVÄTTERIERNAS INKÖPSCENTRAL AB). Jfr dock å andra sidan RÅ 1956 s 63 (= NIR 1957 s 61, JURISTBYRÅ).

2. Se ovan s 279.

Såvitt gäller den här berörda typen av vilseledande träffar 14 §, 2 p uppenbarligen endast suggestiva märken, eftersom det för PRV ofta är oklart om märket överhuvudtaget använts före registreringen eller ej. Denna begränsning är således en direkt följd av att registrering av oanvända märken kan ske.

Registreringshindret tar enligt förarbetena endast sikte på märken som är ägnade att vilseleda konsumenterna angående någon viss egenskap hos den kännetecknade varan, dvs märken som är ägnade att framkalla en oriktig uppfattning om varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller ursprungsort eller tiden för dess framställande.[4] Stadgandet riktar sig alltså i första hand mot märken som innehåller en oriktig uppgift i något av dessa hänseenden.

Även varumärken som inte innehåller några oriktiga uppgifter kan dock vara vilseledande vilket varumärkesutredningen också påpekade.[5] Härvid framhöll utredningen emellertid även att det endast undantagsvis torde förekomma att sådana märken är vilseledande.[6] Uttalandet innebär att PRV vid registreringsförfarandet skall ta hänsyn till de associationer ett visst märke kan uppväcka hos allmänheten. Som exempel på uppgifter som är vilseledande utan att vara oriktiga anfördes användningen av beteckningarna "Kostaglas" och "Glas från Kosta" för glas som visserligen kommer från orten Kosta eller dess närmaste omgivningar men som inte tillverkats av det välkända Kosta Glasbruk.[7] Användningen av dessa beteckningar måste ju rimligen få de flesta konsumenter att tro att det senare är fallet. Exemplet är emellertid något förvånande, eftersom det är fråga om ett fall av vilseledande om kommersiellt ursprung, en typ av vilseledande som normalt inte faller under 14 §, 2 p och som varumärkesutredningen aldrig hänförde dit.

Från praxis är följande avgörande belysande. Ett figurmärke föreställande en örn söktes registrerat i färgerna rött, vitt och blått vilket kom örnens vingpennor att likna "stars and stripes". Varumärkesbyrån an-

3. Se ovan s 279 ff.
4. SOU 1958: 10 s 280, prop 1960: 167 s 112.
5. SOU 1958: 10 s 280.
6. A s.
7. Se NJA 1950 s 365 (= NIR 1950 s 206).

såg att bilden och texten gav en klar hänsyftning till USA och att märket därför var uppenbart vilseledande i en svensk innehavares hand. Någon direkt oriktig uppgift finns dock inte. I besvärsavdelningen uppgav emellertid sökanden att märket bara skulle användas för varor som importerats från USA eller tillverkats av sökanden på uppdrag av amerikanska företag. Märket ansågs därför ej uppenbart vilseledande.[8]

Andra exempel på märken som kan vara uppenbart vilseledande utan att innehålla oriktiga uppgifter är sådana som består av ord som måste antas ingå i ett visst främmande språk trots att de faktiskt är rena fantasiord och märken som p g a sin komposition ger ett intryck av att vara kontrollstämplar utan att så är fallet.

Registreringshindret gäller bara för uppenbart vilseledande varumärken. Ordet uppenbart ingick ej i varumärkesutredningens förslag till lagtext, utan intogs under departementsbehandlingen efter påpekande av flera remissinstanser. Åtgärden ansågs antagligen främst som ett förtydligande och inte som någon större skärpning av kravet på vilseledande, eftersom redan varumärkesutredningen påpekat att registreringshindret endast var avsett att tillämpas i uppenbara fall.[9] Det kan dock knappast förnekas att uppenbarhetsrekvisitet i praktiken inneburit att möjligheterna att vägra registrering minskat.

Kravet på uppenbart vilseledande kan tolkas på olika sätt. För det första kan det innebära att det måste vara helt klart att så gott som alla personer som kommer i kontakt med märket kommer att uppfatta det på ett vilseledande sätt, dvs att märket tveklöst kommer att ge upphov till vilseledande associationer. För det andra kan det innebära att vilseledande associationer måste antas uppkomma hos de allra flesta personer. Av förarbetena framgår att stadgandet endast är avsett att tillämpas på märken som uppfyller båda dessa vilkor.[10]

Vidare kan uppenbarhetsrekvisitet innebära att endast märken som i något mer betydande hänseenden kan vilseleda konsumenterna skall vägras registrering. Att rekvisitet enligt förarbetena skall ges denna tolkning är även det helt klart. Redan varumärkesutred-

8. Besvärsavd 43/77.
9. SOU 1958: 10 s 279 f.
10. SOU 1958: 10 s 279 f, prop 1960: 167 s 113.

ningen uttalade att registreringshindret endast är avsett att bli aktuellt om den egenskap varumärket vilseleder om är av mer väsentlig betydelse för konsumenterna.[11] Huruvida egenskapen måste vara mer väsentlig absolut sett eller om det är tillräckligt att den är väsentlig i jämförelse med varans övriga egenskaper framgår dock inte.

Regeringsrättens praxis tyder på att domstolen har följt ovanstående förarbetsuttalanden och således tillämpat 14 §, 2 p restriktivt. Särskilt gäller detta DR PEPPER-avgörandet,[12] det första fall i vilket regeringsrätten tillämpade 14 §, 2 p, och WINDSOR DOOR-avgörandet.[13]

Dr Pepper Company, USA, sökte registrering av varumärket DR. PEPPER för bl a drycker av olika slag. Varumärkesbyrån och besvärsavdelningen avslog ansökan. Besvärsavdelningen påpekade härvid inledningsvis att varumärkesutredningen uttalat att obestyrkta uttalanden av typen "Rekommenderas av läkare" o dyl borde anses vilseledande[14] och yttrade därefter bl a:

> "I fråga om de varor det här gäller måste märket DR. PEPPER antagas till den omsättningskrets märket vill nå, eller åtminstone till delar därav, förmedla föreställningen att varorna framställs under läkarkontroll — sådan kontroll är vanlig i fråga om mineralvatten — eller att varorna är tillverkade enligt ett av läkare sammansatt recept eller att läkare på något sätt har samband med varan eller Edert företag."

Eftersom sökanden inte på något sätt styrkt att det förelåg något samband mellan någon Dr Pepper och företaget ansåg besvärsavdelningen märket vara uppenbart vilseledande. Sökanden besvärade sig till regeringsrätten som inte fann något hinder föreligga att meddela den sökta registreringen. Regeringsrätten yttrade härvid bl a följande:

> "Varumärket DR. PEPPER kan inte anses ge intryck av att de varor ansökningen om registrering avser tillverkats enligt läkares recept eller under läkares kontroll. Det samband med läkare som varumärket i övrigt må kunna antyda är icke av så väsentlig betydelse för allmänhetens uppfattning om varornas art och kvalitet, att

11. SOU 1958: 10 s 280.
12. RÅ 1968 s 66 (= NIR 1968 s 415).
13. RÅ 1971 H 62 (= NIR 1973 s 100).
14. SOU 1958: 10 s 282.

varumärket för den skull bör betraktas som uppenbarligen ägnat att vilseleda allmänheten."

I Windsor Door-fallet sökte en norsk näringsidkare registrering av orden WINDSOR DOOR i visst utförande. Besvärsavdelningen fann märket uppenbart ägnat att vilseleda allmänheten. I utlåtande till regeringsrätten förtydligade besvärsavdelningen sin inställning och yttrade bl a att sökanden var bosatt i Norge och att staden Windsor med sitt slott Windsor Castle var ett allmänt känt geografiskt begrepp med klar anknytning till England. Besvärsavdelningen ansåg därför att klagandens märke var uppenbart ägnat att vilseleda allmänheten ang varornas geografiska ursprung. Regeringsrätten ansåg emellertid inte att det fanns några hinder mot att registrera märket. Domstolen yttrade härvid bl a:

"Varumärket WINDSOR DOOR kan, även om det närmast för tanken till England, icke anses uppenbarligen ägnat att vilseleda allmänheten."

Domstolen beaktade också att märket registrerats i Danmark och Norge. Ett regeringsråd var dock skiljaktig och ville lämna besvären utan bifall.

Av Dr Pepper-avgörandet framgår att regeringsrätten inte ansåg att de konsumenter som kunde tänkas komma i kontakt med varumärket DR PEPPER skulle dra så vittgående slutsatser av märket att det skulle ge ett vilseledande intryck. I avgörandet uttalades nämligen att DR PEPPER inte kunde anses ge intryck av att de varor ansökningen om registrering avsåg tillverkats enligt läkares recept eller under läkares kontroll.

Både av Dr Pepper- och Windsor Door-fallet framgår att regeringsrätten anser att bara vilseledanden i mera väsentliga hänseenden kan utgöra registreringshinder. I Dr Pepper-målet uttalade domstolen att de andra samband med läkare än att produkten tillverkats enligt läkares recept eller under läkares kontroll som märket eventuellt kunde antyda, inte var av så väsentlig betydelse för allmänhetens uppfattning om varornas art och kvalitet, att märket för den skull borde betraktas som uppenbarligen ägnat att vilseleda allmänheten och i Windsor Door-målet uttalades att även om varumärket WINDSOR DOOR närmast förde tankarna till England, så kunde det inte uppenbarligen anses ägnat att vilseleda allmänheten.[15]

En annan fråga är om ett märke kan anses uppenbart vilseledan-

de även om den egenskap vilseledandet rör är av mindre betydelse, men antalet personer som kan vilseledas i stället är mycket stort. I förarbetena berörs inte detta och någon direkt ledning står heller inte att finna i praxis. Med hänsyn till det tidigare omtalade uttalandet enligt vilket 14 §, 2 p bara skall användas om den egenskap konsumenterna vilseleds om är av mer väsentlig betydelse och regeringsrättens praxis, torde dock frågan få besvaras nekande.

Att vilseledandet skall vara uppenbart får betydelse på ytterligare ett sätt. Ofta är det för PRV svårt eller omöjligt att avgöra huruvida ett märke är vilseledande eller ej. Såvitt gäller registrering av märken som är avsedda för produkter som ännu inte existerar är det ju uppenbart att PRV inte kan veta vilka egenskaper dessa varor kommer att få. Även om märket är avsett för varor som existerar är det emellertid ovanligt att PRV känner till varornas egenskaper, eftersom dessa inte behöver anges i registreringsansökan.[16] Som exempel på ett märke som är (uppenbart) vilseledande anger varumärkesutredningen YLLONA för bomullstyger. Normalt torde emellertid ett märke som är avsett för bomullstyger registreras för tyger generellt eller för en ändå vidare grupp av varor. Varumärkesutredningen anförde att PRV då får utgå ifrån att märket bara kommer att användas för sådana tyger för vilka märket inte är vilseledande.[17] Registreringshindret skall således bara tillämpas om märket ifråga är vilseledande för alla varor av det eller de slag för vilka det söks registrerat. Det säger sig självt att bestämmelsen då måste få en synnerligen begränsad betydelse.

Detta är kanske förklaringen till att inte heller varumärkesutredningen använde nämnda princip konsekvent. Om t ex ett varumärke innehåller ett uttalande av typen "Rekommenderas av läkare" måste enligt utredningen detta förhållande styrkas för att märket inte skall anses uppenbart vilseledande.[18] Patentverket skall således här inte utgå från att uttalandet är sant. Dr Pepper-avgö-

15. Den restriktiva tolkning av registreringshindret som kommer till uttryck i Dr Pepper- och Windsor Door-avgörandena kritiseras av Bernitz, a a s 185, 193 och Carlman, a a s 173 f, 182 f. Det kan dock i anslutning till Dr Pepper-avgörandet nämnas att varumärket DOCTORS SPECIAL sedan länge använts för whisky.
16. Se 9 § VmF.
17. SOU 1958: 10 s 281. Se också s 280.
18. A a s 282.

randet[19] kan dock innebära att regeringsrätten har motsatt inställning.

Även såvitt gäller märken som antyder ett visst geografiskt ursprung intas i praxis, åtminstone av patentbesvärsrätten, en strängare attityd.[20] Domstolarna synes utgå ifrån att en sökande kommer att använda märket för varor som har sitt ursprung i sökandens hemland. Om märket antyder att varorna har något annat geografiskt ursprung anses det därför vilseledande, såvida inte sökanden visar att varorna har det ursprung märket antyder. Om det diskuterade förarbetsuttalandet skulle tillämpas strikt borde emellertid PRV istället utgå från att varorna verkligen har det ursprung märket antyder.

I och för sig är det naturligtvis rimligt att utgå från att registreringssökanden inte kommer att använda sig av vilseledande märken. Det är emellertid också klart att om man bara tillämpar registreringshindret på märken som är vilseledande för alla varor för vilka det söks registrerat, så får hindret i praktiken aldrig någon betydelse. Den modifikation av förarbetsuttalandet som patentbesvärsrätten gör, särskilt när det gäller märken som vilseleder om geografiskt ursprung, synes därför mycket välmotiverad och motsvarande modifikationer bör också göras i andra typer av fall där sannolikheten för att märket kommer att visa sig vilseledande är stor.

Någon kanske här skulle vilja hävda att registreringssökanden, i enlighet med den princip som gäller enligt marknadsföringslagen, bör vara tvungen att bevisa att hans märke inte är vilseledande. En sådan regel kan dock inte införas så länge inte användning är en förutsättning för registrering, eftersom det är omöjligt för registreringssökanden att visa att hans märke inte är vilseledande om det vid registreringstillfället ännu ej är klart vilka produkter märket är avsett att användas för.

6.1.1 I praxis behandlade typer av vilseledande

Praxis angående registrering av ifrågasatt uppenbart vilseledande

19. RÅ 1968 s 66 (= NIR 1968 s 415).
20. Samma gäller också i Finland, Rissanen, a a s 13. Jfr dock SOU 1958: 10 s 280.

varumärken är relativt liten, något som kanske kan vara överraskande. Orsaken är att finna i registreringshindrets utformning men också i varumärkets särskiljningsfunktion.

Vid registrering av ett varumärke har patentverket ingen närmare vetskap om vilka produkter märket är avsett för. I registreringsansökan behöver bara anges vilken varuklass ansökan avser. Ofta har märket inte heller använts vid tiden för ansökan om registrering. Om en näringsidkare önskar registrera ett varumärke som han avser att använda för sådana varor för vilka märket är vilseledande, torde det därför normalt inte vara svårt att finna och i registreringsansökan ange en så vid varuslagsbestämning att märket inte är vilseledande för alla däri ingående varor. Om patentverket finner att ett märke kan vara vilseledande för vissa men inte alla produkter som faller under varuslagsbeskrivningen, skall verket som ovan nämnts enligt förarbetena utgå från att märket bara kommer att användas för varor för vilka det inte är vilseledande.[21] Normalt torde därför endast ett förbiseende av sökanden kunna hindra denne från att få det önskade märket registrerat, även om avsikten är att använda det på ett vilseledande sätt.

Ovanstående förhållande torde vara orsaken till att det i de flesta fall där registreringshindret blivit aktuellt varit fråga om vilseledande som i större eller mindre grad sammanhängt med registreringssökanden själv och inte med hans produkter. Patentverkets uppgifter om registreringssökanden är ju mer omfattande än uppgifterna om de produkter märket är avsett för.

Den första förutsättningen för att ett varumärke skall kunna vara vilseledande är att varumärket anger eller på annat sätt ger intryck av att den kännetecknade produkten har vissa egenskaper eller viss kvalitet eller dylikt. En del sådana märken uppfattas dock inte av konsumenterna som varumärken utan endast som upplysningar om just varans egenskaper, kvalitet eller liknande. Märken som utslutande eller endast med mindre ändring eller tillägg anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris, geografiska ursprung eller tiden för dess framställande kan därför inte registreras oavsett om de är vilseledande eller ej, 13 § VmL, såvida inte märket

21. SOU 1958: 10 s 281.

genom användning eller på annat sätt visats ha särskiljningsförmåga. Det är därför troligt att registrering av en del vilseledande märken avslås redan på den grunden att de saknar särskiljningsförmåga.

6.1.1.1 Vilseledande om geografiskt ursprung

De flesta avgöranden enligt 14 §, 2 p rör ifrågasatt vilseledande om geografiskt ursprung. Grundförutsättningen för att ett varumärke skall anses på detta sätt vilseledande är givetvis att de varor märket är avsett för inte härstammar från den plats varumärket antyder. En viss plats kan härvid antydas på flera olika sätt. Det tydligaste är naturligtvis då ortens eller någon annan plats, t ex ett torgs eller ett bergs, namn utgör eller ingår i varumärket. Ett visst geografiskt ursprung antyds också ofta med hjälp av adjektiv som utpekar ett visst område, t ex adjektiven svensk, dansk och norsk. Även figurer av typen Moder Svea eller den franska liljan och bilder av kända byggnader som Eifeltornet eller det engelska parlamentshuset kan antyda ett visst geografiskt ursprung.[22]

Som ovan anförts presumerar patentverket och patentbesvärsrätten att varorna härstammar från den plats som registreringssökanden uppgivit att han hör hemma på. Skulle denna plats avvika från den plats det sökta varumärket antyder, kan märket vara vilseledande. Om sökanden visar att varorna faktiskt härstammar från den senare platsen anses dock givetvis märket inte längre vilseledande.[23] För att ett märke skall anses uppenbart vilseledande om varornas geografiska ursprung krävs vidare att den plats märket anknyter till är så känd bland konsumenterna att så gott som alla antar att den utgör varornas ursprung. Rekvisitet är en följd av det allmänna kravet att ett märke bara är uppenbart vilseledande om så gott som alla som kommer i kontakt med märket tolkar det på ett vilseledande sätt. Som exempel på märken som ansetts uppenbart vilseledande kan nämnas EARL OF LONDON,[24] TOSCANA[25]

22. SOU 1958: 10 s 282 och de avgöranden som nämns nedan.
23. RÅ 1971 H 29 (CALIFORNIA), besvärsavd 43/77 (det på s 363 f omnämnda figurmärket).
24. Besvärsavd 77/68.
25. Besvärsavd 179/68.

HYDE PARK,[26] CAVALLINO MONZA,[27] REVAL[28] och NARVA.[29]

Regeringsrätten synes här inta en mer restriktiv hållning. Visserligen ansågs varumärket WINDSOR DOOR ge associationer till England,[30] men i det enda ytterligare fall där regeringsrätten prövat denna typ av vilseledande[31] ansågs inte staden Chantilly i Frankrike så känd att användningen av ordet CHANTILLY som varumärke kunde uppfattas som angivande varornas geografiska ursprung.[32] Staden Vigo i Spanien har av besvärsavdelningen inte heller ansetts så känd att varumärket VIGO var uppenbart vilseledande.[33]

Även om varumärket innehåller något som konsumenten vet är en geografisk plats eller område är det inte säkert att konsumenten får uppfattningen att de kännetecknade varorna härstammar från denna plats. Som exempel där så knappast är fallet brukar nämnas varumärket MONT BLANC för pennor. Att ett märke innehåller något som konsumenten vet är en geografisk beteckning behöver således inte innebära att konsumenten blir vilseledd. Registreringshindret blir naturligtvis då inte heller tillämpligt.

Ett tydligt exempel från praxis är att besvärsavdelningen inte ansett hinder föreligga för registrering av varumärket NIAGARA, bl a med motivering att det ej är sannolikt att märket skulle uppfattas som angivande de därmed betecknade varornas geografiska ursprung.[34] Möjligen ligger liknande synpunkter bakom besvärsavdelningens beslut att till varumärkesbyrån återförvisa ansökan om registrering av varumärket SORBONNE.[35] Besvärsavdelningen ansåg visserligen att ordet Sorbonne var nära förknippat med universitetet i Paris men att det förhållandet ej ensamt kunde göra varumärket uppenbart vilseledande. En ledamot var dock skiljak-

---

26. Besvärsavd 184/69.
27. Besvärsavd 80/70.
28. Besvärsavd 183/71.
29. Besvärsavd 24/75.
30. RÅ 1971 H 62 (= NIR 1973 s 100).
31. I RÅ 1971 H 29 (CALIFORNIA) var det ju i regeringsrätten klart att märket var avsett att användas för produkter från Kalifornien.
32. RÅ 1971 H 61.
33. Besvärsavd 105/75.
34. Besvärsavd 12/77.
35. Besvärsavd 10/70.

tig. Ordmärket BERGA har inte heller ansetts ange de kännetecknade varornas geografiska ursprung.[36]

Som varumärkesutredningen påpekar har många geografiska beteckningar utvecklat sig till generiska benämningar. Bl a på livsmedelsmarknaden är sådana benämningar vanliga, t ex schweizerost, falukorv och bostongurka. Användningen av sådana benämningar kan därför inte orsaka några vilseledanden om geografiskt ursprung.[37] Besvärsavdelningens beslut att motsätta sig registrering av ett figurmärke bestående av bilden av en kanot av kanadensartyp och ordet kanadensare för varor i klass 30 framstår därför som strängt.[38] Beteckningen kanadensare torde nämligen numera ha utvecklat sig till en generisk benämning.

Eftersom 14 §, 2 p bara träffar märken som i något mer betydande hänseende kan vilseleda allmänheten är vilseledande om geografiskt ursprung bara registreringshinder om det geografiska ursprunget har någon betydelse för konsumenterna. Här skiljer sig patentbesvärsrättens tolkning från den regeringsrätten givit uttryck åt i WINDSOR DOOR-fallet.[39] Patentbesvärsrättens avgöranden synes vid en samlad bedömning bygga på grundtanken att alla de märken som de allra flesta konsumenter anser utpekar ett geografiskt ursprung som i verkligheten är felaktigt är uppenbart vilseledande.[40] Denna inställning har dock aldrig uttryckts explicit. Regeringsrätten har däremot i WINDSOR DOOR-målet uppenbarligen intagit en strängare attityd. Domstolens majoritet, tre regeringsråd, anförde att varumärket WINDSOR DOOR inte, även om det närmast förde tanken till England, kunde anses uppenbarligen ägnat att vilseleda allmänheten. Uttalandet måste innebära att domstolen inte ansåg att vilseledandet om varans geografiska ursprung var så väsentligt för allmänheten, att det var uppenbart i den mening som avses i 14 §, 2 p.[41] Inställningen har ett visst stöd i förarbetena till MFL där det sägs att det geografiska ursprunget

36. Patentbesvärsrätten 76/78.
37. Flera exempel anges i SOU 1966: 71 s 282.
38. Besvärsavd 8/74.
39. RÅ 1971 H 62 (= NIR 1973 s 100).
40. Uttalandet grundar sig framför allt på de ovan i not 24—29 anförda besluten. Liknande Carlman, a a s 182.
41. Carlman, a a s 182 f tycks tolka uttalandet på samma sätt.

numera i långt mindre utsträckning än tidigare ger någon anvisning om varans kvalitet och ändamålsenlighet[42] och att en köpare ofta helt torde sakna intresse för om en vara tillverkats i Sverige eller utomlands.[43] Uttalandet tar dock främst sikte på de fall där produkter som säljs under svenska varumärken legotillverkats utomlands Klart är att med regeringsrättens inställning kommer registreringshindret endast att bli aktuellt i ett fåtal fall av vilseledande om geografiskt ursprung.

6.1.1.2 Vilseledande om den kännetecknade varans egenskaper

Den i praxis näst vanligaste typen av vilseledande är vilseledande om den kännetecknade varans egenskaper. Frånsett DR PEPPER-avgörandet, det mest kända avgörandet inom denna grupp i vilket regeringsrätten som ovan anförts gav registreringshindret en påtagligt snäv tolkning,[44] har regeringsrätten bara prövat ett ytterligare fall av vilseledande av denna typ, ALLMETALL-avgörandet.[45]

Ett bolag ansökte om registrering av varumärket ALLMETALL för spel- och sportartiklar. Varumärkesbyrån och besvärsavdelningen ansåg att firmadominanten i firman Allmetall Verkstads AB utgjorde registreringshinder. I besvär till regeringsrätten där sökanden som ett alternativ liksom i besvärsavdelningen, förklarade sig beredd att begränsa varuuppgifterna till enbart bollar, bestred sökanden att varumärket då skulle användas för varor av metall. Besvärsavdelningen anförde i utlåtande till regeringsrätten att märket då måste anses uppenbart vilseledande. Regeringsrätten lämnade utan motivering besvären utan bifall.

I litteraturen har ifrågasatts om regeringsrätten i och med ALLMETALL-avgörandet övergått till en mindre restriktiv tolkning av 14 §, 2 p.[46] Eftersom regeringsrättens dom helt saknar motivering är det dock inte möjligt att dra några bestämda slutsatser av fallet. Normalt prövar emellertid regeringsrätten vid besvär över

42. SOU 1966: 71 s 280.
43. Prop 1970: 57 s 110.
44. RÅ 1968 s 66 (= NIR 1968 s 415). Se om avgörandet ovan s 365 f.
45. RÅ 1974 A 1316.
46. Bernitz a a s 185.

avslagen registrering alla olika alternativa varuuppgifter sökanden anger. Domstolen har därför sannolikt även tagit ställning till huruvida ordet ALLMETALL kunde registreras som varumärke för bollar som inte framställts av metall. Även med en restriktiv tolkning av registreringshindret måste varumärket då framstå som uppenbart vilseledande. För konsumenterna ligger det nära till hands att anta att varumärket anger det material bollarna består av och detta är ju något som har avgörande betydelse för bollarnas egenskaper. Vid en jämförelse mellan DR PEPPER- och ALLMETALL-fallen kan konstateras att medan varumärket DR PEPPER i första hand kan vilseleda om kompetensen hos den som utvecklat eller tillverkat produkten och därigenom indirekt om varans hälsobringande egenskaper, kan varumärket ALLMETALL vilseleda om något som vanligen är än mer centralt för en produkt, nämligen vad den är tillverkad av och därmed också de flesta av dess egenskaper. De skilda sluten i DR PEPPER och ALLMETALL-avgörandena behöver därför inte betyda att regeringsrätten ändrat inställning. Det bör dock understrykas att tolkningen av ALLMETALL-avgörandet är osäker och att någon ytterligare regeringsrättspraxis som kan ge ledning inte finns.

Däremot finns några avgöranden av patentbesvärsrätten och dess föregångare besvärsavdelningen. Denna har ansett att ordet SPRITE ensamt resp ingående i en figur är uppenbart vilseledande som varumärke för mineralvatten och andra icke alkoholhaltiga drycker,[47] att ordet RETEN är uppenbart vilseledande för vattenlösliga polymer, eftersom ordet "reten" är den vedertagna generiska termen för en helt annan produkt,[48] att ordet PLANTVAX är uppenbart vilseledande för varor som inte innehåller vax[49] och att ELECTRONUCLEONICS är uppenbart vilseledande för varor som ej har samband med el- och kärnteknologi.[50] Sistnämnda avgörande har således stora likheter med ALLMETALL-fallet om vilseledande frågan där varit föremål för bedömning. Besvärsavdelningens avgöranden har angetts ge uttryck för ståndpunkten att

47. Besvärsavd 7/65 resp 10/65.
48. Besvärsavd 21/65.
49. Besvärsavd 129/70.
50. Besvärsavd 96/75.

om det ord som söks registrerat är en generisk benämning inom det varuområde ansökan avser men för andra produkter inom detta eller om märket skall användas för varor vars egenskaper är motsatta dem som ordet anger så anses märket uppenbart vilseledande. Om det sökta ordet är nybildat räcker det att ordet kan fungera som en generisk beteckning.[51] Märket behöver inte heller vara identiskt med den generiska beteckningen (jfr Sprite och sprit). Undantag torde dock gälla för sådana fall där det är osannolikt att konsumenterna tror att den generiska beteckningen varumärket består av verkligen anger varans art. Besvärsavdelningen ansåg därför inte att varumärket OPIUM var vilseledande för kosmetiska preparat, men däremot att varumärket var förargelseväckande, en uppfattning som delades av regeringsrätten. Denna tog däremot inte ställning till huruvida märket var vilseledande.[52]

Besvärsavdelningen ansåg däremot inte att ordet CARBOLINE, som söktes registrerat som varumärke för rostskyddsmedel, var så likt ordet "karbolineum", som är beteckningen på vissa träimpregneringsmedel, att märket uppenbarligen var ägnat att vilseleda allmänheten.[53] Motiveringen kan lätt leda till att man får uppfattningen att det var skillnaden mellan orden CARBOLINE och karbolineum som var avgörande. Detta förefaller emellertid mindre troligt, eftersom det skulle stå i mindre god överensstämmelse med SPRITE-avgörandet. Det är därför troligast att besvärsavdelningen ansåg att CARBOLINE överhuvud taget inte kunde leda tankarna till karbolineum något som dock förefaller mindre välbetänkt.

Som framgår av DR PEPPER-avgörandet kan märken som felaktigt antyder en viss kompetens hos varumärkesinnehavaren vara uppenbart vilseledande. Sådan kompetens kan också antydas genom att ett varumärke ger ett intryck av att något visst samband finns mellan varumärkesinnehavaren och viss officiell-, kontroll- eller branschorganisation. Varumärket EUROCONTROLL i figur ansågs därför uppenbarligen vilseledande. EUROCONTROLL utgör nämligen den officiella förkortningen för den europeiska organisationen för luftfartssäkerhet och märket ansågs felaktigt antyda

51. Carlman, a a s 173.
52. RÅ 1978 s 295.
53. Besvärsavd 119/74.

ett samband mellan denna organisation och registreringssökanden.[54]

Registrering har också vägrats av ett varumärke bestående av ordet DJUROMBUDSMANNEN plus en figur.[55] Märket ansågs kunna vilseleda allmänheten om varumärkesinnehavarens ställning, eftersom beteckningar av denna typ associeras till statliga funktioner eller ställning som företrädare för vissa grupper i samhället, ställningar som sökanden inte hade.

6.1.2 Tysk rätt

Registreringshinder för vilseledande varumärken stadgas i de flesta industrialiserade länders varumärkeslagar. I 4 §, 2 st, 4 p tyska WZG stadgas således att registrering inte kan ske av märken

"die ärgerniserregende Darstellungen oder solche Angaben enthalten, die ersichtlich den tatsächlichen Verhältnissen nicht entsprechen und die Gefahr einer Täuschung begründen".

Regeringshindret gäller således märken som innehåller uppgifter som inte motsvarar de verkliga förhållandena och som därför ger upphov till risk för vilseledanden. Med uppgift ("Angabe") menas härvid alla ord och andra framställningar som ger upplysningar och upphov till antaganden.[56] Det är konsumenternas uppfattning som är avgörande för om ett märke är vilseledande eller ej.[57] Liksom i svensk rätt är det således inte nödvändigt att märket innehåller någon direkt oriktig uppgift.

Registreringshindret är i tysk rätt inte begränsat till uppenbart vilseledande varumärken. Märket behöver därför inte vilseleda så gott som alla som kommer i kontakt med det för att registrering skall kunna vägras, utan det är tillräckligt att en rättsligt sett inte negligerbar del av konsumenterna riskerar att vilseledas.[58] Vilse-

54. Besvärsavd 105/71. Beteckningen EUROCONTROLL är också skyddad enligt 1 § kungörelsen om skydd för vapen och vissa andra officiella beteckningar och registreringshinder ansågs därför också föreligga enligt 14 §, 1 p.
55. Patentbesvärsrätten 156/78.
56. Baumbach-Hefermehl II, § 4 anm 125.
57. A st.
58. A a § 4 anm 127, Busse, § 4 anm 96.

ledandet synes inte heller behöva röra någon egenskap som är av mer väsentlig betydelse för konsumenterna. I likhet med svensk rätt måste emellertid vilseledandet framgå av de uppgifter registreringsmyndigheten har tillgång till i registreringsansökan eller ändå p g a sin fackkunskap känner till. Detta framgår av att märket "ersichtlich" inte skall motsvara de faktiska förhållandena. Härav följer att registreringshindret i praktiken också i Tyskland endast får betydelse för vilseledanden som rör sådana omständigheter som framgår av registreringsansökan, t ex varornas geografiska ursprung eller vissa egenskaper som sammanhänger med sökandens kvalifikationer.[59]

6.1.3 Amerikansk rätt

Även i den federala amerikanska varumärkeslagen stadgas registreringshinder för vilseledande varumärken, sec 2. Såvitt gäller registrering i "principal register" har stadgandet följande lydelse (i för vilseledande varumärken aktuella delar):

"No trademark by which the goods of the applicant may be distinguished from the goods of others shall be refused registration on the principal register on account of its nature unless it —
(a) consists of or comprises immoral, deceptive, or scandalous matter; or matter which may disparge or falsely suggest a connection with persons, living or dead, institutions, beliefs, or national symbols, or bring them into contempt, or dispute;
— — —
(e) consists of a mark which, (1) when applied to the goods of the applicant is merely descriptive or deceptively misdescriptive of them, or (2) when applied to the goods of the applicant is primarely geographically descriptive or deceptively misdescriptive of them ...
(f) except as expressly excluded in paragraphs (a) ... nothing herein shall prevent the registration of a mark used by the applicant which has become distinctive of the applicant's goods in commerce ..."

För registrering i "supplemental register" är kraven mindre. Från registrering i detta register är bara sådana vilseledande märken som avses i sec 2 (a) uteslutna, sec 23.

---

59. Patentverket kan dock göra närmare efterforskningar, se närmare Busse, § 4 anm 94. Sammanfattningar av praxis finns bl a i Baumbach-Hefermehl II, § 4 anm 130 ff, Busse, § 4 anm 97 ff.

Som framgår av lagtexten gör man alltså skillnad mellan märken som är "deceptive", sec 2 (a), och märken som är "deceptively misdescriptive", sec 2 (e). De förra kan aldrig registreras vare sig i "principal" eller "supplemental register", medan de senare kan registreras i båda dessa, i "principal register" dock endast om de genom sökandens användning blivit distinktiva. Registreringshindret för "deceptively misdescriptive marks" kan således knappast bidra till att motverka användningen av sådana märken.

Som "deceptively misdescriptive" betecknas alla märken som hos allmänheten ger upphov till felaktiga uppfattningar om de kännetecknade varornas egenskaper. Avgörande är allmänhetens uppfattning, inte vad märkena objektivt sätt kan tänkas associera till.[60] Orden ICE CREAM har därför inte ansetts vilseledande som varumärke för tuggummi.[61]

Var gränsen går mellan "deceptively misdescriptive marks" och "deceptive marks" är mer osäkert och föremål för viss oenighet.[62] Uppenbart är att vilseledandet måste vara grövre för att ett märke skall anses som "deceptive". Sannolikt hänförs till denna grupp endast märken som vilseleder konsumenterna om någon omständighet som är så betydelsefull att den direkt påverkar konsumentens beslut att köpa varan ifråga.[63] Mer tveksamt är om det också krävs att varumärket mer eller mindre uppsåtligt används på ett vilseledande sätt, vilket ett avgörande tyder på.[64]

---

60. Germain, Trademark Registration Under Sections 2(a) and 2(e) of the Lanham Act: The Deception Decision, 66 TMR s 99 ff (1976), McCarthy, vol 1 s 384 f. Germain delar in de varumärken som består av ord vilka som varumärken har en annan betydelse än sin normala i fyra kategorier: "arbitrary, misdescriptive, deceptively misdescriptive och deceptive. Sec 2 tar alltså bara sikte på de två sista kategorierna.
61. Borden Inc. v. Topps Chewing Gum Inc., 173 USPQ 447 (1972). Jfr det svenska varumärket TUPPEN för lakansväv.
62. Germain, a a s 106 ff.
63. A a s 110, 117 ff, 121, Leeds, Trademarks — The Rationale Of Registrability, 48 TMR 912 f (1958), McCarthy, a a s 385 f. Alla tre grundar sin ståndpunkt främst på rättsfallet Gold Seal Co v. Weeks, 105 USPQ 407 (1955), 108 USPQ 400 (1956) i vilket varumärket GLASS VAX ansågs "deceptively misdescriptive" men inte "deceptive" som kännetecken på ett rengöringsmedel för glas och metall i vilket vax inte ingick. I avgörandet uttalades bl a:

    "The evidence does not show that the public has been influenced to purchase the product on account of believing that it contained wax, or that the product was simply a wax to be placed upon glass."

Trots att något krav på uppenbart vilseledande inte uppställs råder således i amerikansk rätt absolut registreringshinder endast för märken som är så starkt vilseledande att de påverkar produktvalet. Sec 2 (a) Lanham Act har således på så sätt ett smalare tillämplighetsområde än 14 §, 2 p VmL. Å andra sidan torde sec 2 (e) kunna tillämpas också på vissa märken som inte skulle träffas av 14 §, 2 p VmL.[65]

6.1.4 Slutsatser

Ovanstående analys av 14 §, 2 p VmL visar att stadgandet haft relativt liten betydelse för att motverka användningen av vilseledande varumärken.[66] Till viss del beror detta på att registreringshindret endast gäller uppenbart vilseledande varumärken och att hindret tolkas restriktivt. Det finns heller inga tecken på att den strängare inställning till vilseledande åtgärder som ligger bakom MFL kommit att påverka tolkningen.[67] Från konsumentsynpunkt finns det därför skäl att låta uppenbarhetsrekvisitet utgå. Registreringshindret skulle då få samma lydelse som i firmalagen.

Den huvudsakliga orsaken till att 14 §, 2 p fått så begränsad betydelse torde emellertid vara att det ofta är omöjligt för patentverket att avgöra om ett märke är vilseledande eller ej, eftersom myndigheten inte känner till egenskaperna hos de varor märket är

---

64. In re Americe, 160 USPQ 687 (1969) där det bl a uttalas:
"As to Section 2(a), this Board (dvs the Trademark Trial and Appeal Board, min anm) has, in view of the absolute bar to the registration of a mark under this section, taken the position that a mark consisting of or comprising a geographical term is not deceptive under Section 2(a) unless it involves a false assertion calculated, either planned, designed, or implied to deceive the public as to the geographical origin of the goods bearing the mark."
Då något uppsåtligt vilseledande inte förelåg ansågs varumärket ITALIAN MAIDE inte "deceptive" för grönsaker som inte härstammade från Italien. McCarthy, a a s 385 anser med stöd av detta avgörande att "some element of intention" krävs för att ett märke skall anses "deceptive". Germain, a a synes dock inta motsatt ståndpunkt, se särskilt s 112.
65. Hanak, a a s 329 rekommenderar att den amerikanska registreringsmyndigheten oftare än hittills skall begagna sig av möjligheten att vägra registrering av vissa typer av vilseledande varumärken.
66. Ovan har så gott som alla avgöranden av regeringsrätten, patentbesvärsrätten och besvärsavdelningen omnämnts.
67. Bernitz, a a s 193, Carlman, a a s 182 f.

avsett för. Registreringshindret kommer därför sällan att träffa märken som vilseleder konsumenterna om de kännetecknade varornas egenskaper. Av genomgången av praxis framgår också att de flesta avgörandena rör vilseledande om omständigheter som sammanhänger med varumärkesinnehavaren själv, t ex hans nationalitet eller kvalifikationer. Att låta uppenbarhetskravet utgå ur registreringshindret torde därför få relativt begränsad betydelse.

För att ett registreringshinder för vilseledande varumärken skall bli effektivt krävs i stället att registreringsmyndigheten har möjlighet att få vetskap om egenskaperna hos de produkter märket är avsett för. Detta förutsätter emellertid att endast varumärken som är avsedda för varor vars egenskaper kan kontrolleras skulle få registreras, d v s i stort sett att registrering endast skulle kunna ske av märken som är avsedda för produkter som redan existerar när registreringsansökan prövas. Ett så strängt registreringshinder är emellertid av andra skäl otänkbart. Det finns många situationer där det skulle innebära stora nackdelar för en näringsidkare att inte kunna registrera ett märke som är avsett för varor som endast nått projekteringsstadiet och vars egenskaper ännu ej är definitiva och dessutom kan det av flera olika skäl inte komma ifråga att lägga på patentverket uppgiften att kontrollera egenskaperna hos de varor de sökta märkena är avsedda för.[68]

Det är således klart att ett registreringshinder för vilseledande varumärken endast till en mindre del kan bidra till ett verksamt skydd mot vilseledande varumärken.

6.2 Förbud m m mot användning av vilseledande varukännetecken

6.2.1 Varumärkeslagens regler

6.2.1.1 Allmänt

Liksom registreringsförbundet mot uppenbart vilseledande varumärken saknar också förbudet mot användning av vilseledande varukännetecken motsvarighet i den gamla varumärkeslagen. An-

68. SOU 1958: 10 s 280, prop 1960: 167 s 113.

vändningen av vilseledande varukännetecken kunde dock i vissa fall strida mot 1 § IKL eller möjligen t o m utgöra bedrägeri eller liknande.[1]

Användningsförbudet i 35 § VmL har fått en något förvånande redaktionell utformning genom att det i första stycket stadgas förbud mot användning av kännetecken som efter överlåtelse eller licens vilseleder allmänheten, medan det generella förbudet att använda vilseledande kännetecken återfinns i andra stycket. I det följande kommer emellertid det generella förbudet att behandlas först.

Angående betydelsen av förbudet mot användning av vilseledande varukännetecken anförde varumärkes- och firmautredningen att den främst ligger på det principiella planet och inte på det praktiska. Utredningen uttalade bl a:

"Utredningen anser sig emellertid böra understryka, att fall då vilseledande genom varumärken förekommer icke äro särdeles vanliga. Bestämmelserna om vilseledande, vare sig i 36 § (= nuvarande 35 §, min anm) eller i övriga nyssnämnda paragrafer av lagförslaget, (14, 25, 33 och 34 §§, min anm) äro därför av betydelse i första hand på det principiella planet, och utredningen räknar icke med att de i praktiken skola tillgripas i annat än undantagsfall. Såsom i motiveringen på flera ställen understrukits, böra reglerna tillämpas med varsamhet."[2]

Utredningens förmodan att användningsförbudet skulle komma att utnyttjas sparsamt har i hög grad infriats. Såvitt jag känner till har det aldrig tillämpats vare sig i svensk eller övrig nordisk praxis,[3] vilket dock naturligtvis inte behöver innebära att stadgandet helt saknat betydelse.

Att stadgandet såvitt känt aldrig tillämpats av domstol beror

1. Tidigare var det därför omdiskuterat huruvida sanningsprincipen, förutom inom firmarätten, även gällde inom varumärkesrätten, SOU 1958: 10 s 326. Heiding, avh s 203 ff och Kobbernagel, Konkurrencens retlige regulering I s 99 ff ansåg att sanningsprincipen sträckte sig även till varumärkesrätten. Såvitt gäller Kobbernagels uttalande är dock att märka att även den äldre danska varumärkeslagen innehöll registreringshinder för vilseledande märken. Efter varumärkeslagens ikraftträdande är det helt klart att sanningsprincipen gäller också inom varumärkesrätten, se SOU 1958: 10 s 327, Bernitz, a a s 183 f.
2. SOU 1958: 10 s 327.
3. Bernitz, a a s 184, Rissanen, a a s 14 f.

antagligen dels på att vilseledande varumärken är relativt fåtaliga, dels på vilka subjekt som fått talerätt enligt stadgandet. Enligt 26 § VmF är allmän åklagare den myndighet som för det allmänna skall föra talan om förbud. Det är emellertid både uppenbart och naturligt att åklagarmyndigheten inte ser det som någon mer central uppgift att ingripa mot användningen av vilseledande varumärken. Inte heller är det förvånande att enskilda konsumenter, vilka också är taleberättigade,[4] inte har väckt talan, eftersom detta kan bli mycket dyrbart. Något mer förvånande är det dock att konkurrerande näringsidkare aldrig ingripit. Från och med 1971 har sannolikt även förhandenvaron av MFL:s regler haft betydelse.

Erfarenheten av 35 § visar att för att ett förbud mot användningen av vilseledande varumärken skall få någon effekt krävs att uppgiften att övervaka förbudet ges till någon myndighet som har intresse härav. Naturligt vore om uppgiften lades på KO, framför allt om denne såsom reklamationsutredningen föreslagit, får talerätt vid allmän domstol även i vissa andra mål.[5]

Eftersom 35 § aldrig tillämpats i praxis är det osäkert var den yttre gränsen för stadgandets tillämplighet går, särskilt som förarbetena lämnar många frågor obesvarade. Helt klart är att användningen av de märken som i de ovan refererade fallen vägrats registrering med stöd av 14 §, 2 p VmL skulle strida mot 35 §. Användningsförbudet kan dock även träffa märken som inte omfattas av registreringsförbudet, vilket beror på att användningsförbudet inte är begränsat till "uppenbart" vilseledande kännetecken och att betydligt mer information kan bli tillgänglig än vid registreringsförfarandet. Som ovan angetts råder som huvudregel registreringsförbud endast för märken som är vilseledande för alla produkter för vilka de söks registrerade. Detta krav har av naturliga skäl ingen motsvarighet såvitt angår användningsförbudet. När ett sådant förbud blir aktuellt råder det inga svårigheter att utreda vilken eller vilka varor märket används för.

Uppenbarhetsrekvisitet i registreringshindret medför att detta endast träffar märken som i något mer betydande hänseende vilseleder så gott som alla konsumenter som kommer i kontakt med

4. SOU 1958: 10 s 328.
5. SOU 1978: 40 s 21 f, 103 ff, 181 ff, 211 ff.

märket. Så stränga krav kan inte uppställas för användningsförbudets tillämplighet. Särskilt gäller detta andelen vilseledda konsumenter. I anledning av några remissinstansers invändning att även användningsförbudet borde begränsas till uppenbara fall anförde departementschefen, genom en hänvisning till vad han yttrat angående hävande av registrering av ett vilseledande märke, att om domstolen finner att ett märke faktiskt är vilseledande så bör dess användning också förbjudas.[6]

Mer tveksamt är i vilken mån användningen kan förbjudas av märken som inte i så betydande hänseenden vilseleder konsumenterna att deras registrering därför kan vägras. Sedda i sin helhet tyder förarbetena på att 35 § i detta hänseende inte är avsedd att vara strängare än 14 §, 2 p. Bland annat motiveras 35 § i betydande omfattning av att den behövs som komplement till 14 §, 2 p.[7] Det saknas också i förarbetena helt exempel på märken som skulle vara vilseledande enligt 35 § men inte enligt 14 §, 2 p. Det förefaller emellertid rimligt att den strängare inställning till vilseledande framställningar som präglar MFL numera också skulle påverka bedömningen enligt VmL.

Liksom registreringshindret i 14 §, 2 p omfattar användningsförbudet inte bara i sig vilseledande märken utan också märken som utan att vara i sig vilseledande används på ett vilseledande sätt.[8] Bland de senare får registreringshindret i praktiken så gott som endast betydelse för märken som vilseleder om några kvalifikationer hos regeringssökanden, eftersom dylika vilseledanden vanligen är de enda patentverket kan få vetskap om. Användningsförbudet kan emellertid även träffa andra vilseledande användningssätt. Som exempel på ett sådant anger varumärkes- och firmautredningen att en viss detalj som i samband med övriga moment i ett kännetecken kan te sig oskyldig accentueras och görs till kännetecknets bärande beståndsdel,[7] ett exempel som sannolikt är mycket ovanligt. Den fråga som ovan[10] konstaterats vara av särskilt stort intresse för konsumenterna, nämligen i vilken mån man

6. Prop 1960: 167 s 173 med hänv till s 148.
7. SOU 1958: 10 s 327. Se också s 151.
8. A a s 328.
9. A s.
10. Se ovan s 100 ff.

med stöd av 35 § VmL kan ingripa mot att ett bland konsumenterna välkänt varukännetecken som på ett vilseledande sätt används för varor med andra egenskaper än de kännetecknet blivit känt för, dvs med andra ord om man vilseledande får utnyttja konsumenternas antagande att varor som kännetecknas av samma varumärke har vissa konstanta egenskaper, omnämns däremot inte alls. Innan ett försök görs att besvara denna fråga skall dock en del andra regler beröras.

35 § VmL är, liksom övriga stadganden i varumärkeslagen, tillämplig även på kollektivmärken, 2 § kollektivmärkeslagen. För sådana kollektivmärken som har till funktion att ange att kollektivmärkesinnehavaren kontrollerat de varor kollektivmärket används för betyder detta, att kollektivmärkesanvändningen kan förbjudas om märket skulle användas för varor som inte uppfyller de uppställda normerna.

Även om förbud mot fortsatt användning är den för konsumenterna viktigaste sanktionen mot användningen av vilseledande varukännetecken bör ändå omnämnas att det även är möjligt att häva registreringen av sådana märken, 26 § VmL. Om märket är vilseledande för vissa slag av produkter kan hävningen begränsas till att avse dessa.[11] Varumärkes- och firmautredningen anförde att "hävande på grund av att varumärke blivit vilseledande bör tillämpas med försiktighet". Härvid påpekades vidare att en beteckning som i sig är vilseledande kan förlora denna egenskap genom att den används som kännetecken, eftersom långvarig eller intensiv användning kan ha den verkan att märkets primära innebörd träder i bakgrunden och ersätts med en sekundärbetydelse.[12] Påståendet är i och för sig korrekt och hade viss betydelse vid VmL:s ikraftträdande. Härigenom poängterades att hävning ej var avsedd att kunna ske av märken som varit vilseledande före VmL:s ikraftträdande, då ingrepp mot användningen av sådana märken normalt inte kunde ske, men som upphört att vara det före nämnda tidpunkt. Numera bör emellertid denna situation inte kunna uppkomma, eftersom förbud mot användningen av ett vilseledande

11. Prop 1960: 167 s 148.
12. SOU 1958: 10 s 306.

märke kan meddelas innan märket använts i så stor omfattning att det erhållit sekundärbetydelse.

Såvitt bekant har aldrig någon domstol fått ta ställning till huruvida ett märkes registrering skall hävas p g a att det är vilseledande.

6.2.1.1.1 Tysk rätt

Liksom i svensk rätt finns i de flesta andra länder regler mot användningen av vilseledande varukännetecken både i själva varumärkeslagstiftningen och i den mer generella lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens. Normalt tar de regler som återfinns i själva varumärkeslagstiftningen främst sikte på just användningen av vilseledande varukännetecken, den amerikanska federala varumärkeslagen Lanham Act är dock ett markant undantag, medan stadgandena i lagstiftningen mot otillbörlig eller illojal konkurrens vanligen är tillämpliga på alla vilseledande framställningar.

I tysk rätt finns regler som tar sikte på användningen av vilseledande varumärken dels i 26 § WZG, dels i 1 och 3 §§ UWG. Dessa stadganden motsvarar 35 § VmL resp 2 § MFL. Trots att tysk rätt tidigare haft ett mycket stort inflytande på den svenska lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens, råder numera ganska stora skillnader mellan de svenska och de tyska reglerna. Som jämförelse med 35 § VmL kommer här endast 26 § WZG att beröras medan 1 och 3 §§ UWG tas upp som jämförelse med MFL:s regler.

Enligt 26 § WZG är det straffbart att förse varor eller dess förpackningar med oriktiga uppgifter om varornas ursprung, beskaffenhet eller värde såvida uppgifterna är ägnade att vilseleda. Det är också straffbart att utbjuda sådana varor även om man inte själv försett dem med den oriktiga uppgiften eller att använda uppgifterna i annonser m m. Att förse varorna med oriktiga uppgifter är straffbart oavsett om det sker uppsåtligen eller av vårdslöshet,[13] medan däremot endast uppsåtligt utbjudande av varorna och uppsåtligt användande av uppgifterna i annonser m m kan föranleda straff.

Trots att det är fråga om ett straffstadgande är förutom åkla-

13. Jfr 6 § MFL enligt vilken endast uppsåtligt vilseledande är straffbart.

gare även personer som vilseletts av den osanna uppgiften taleberättigade, 374 §, 1 st, 8 p Strafprozessordnung.

Syftet med 26 § WZG är främst att skydda allmänheten.[14] I förhållande till 35 § VmL har stadgandet ett bredare tillämplighetsområde på så sätt att det förbjuder all användning av oriktiga uppgifter som är ägnade att vilseleda, oavsett om den oriktiga uppgiften ingår i ett varumärke eller inte. Med oriktiga uppgifter ("falsche Angaben") menas inte bara uppgifter som är direkt oriktiga, utan också framställningar som utan att innehålla något direkt osant ändå ger upphov till en felaktig uppfattning.[15] Det avgörande är således hur allmänheten uppfattar uppgiften.[16]

Med ursprung menas i stadgandet både kommersiellt och geografiskt ursprung.[17] Såvitt gäller oriktiga upgifter om det geografiska ursprunget måste man dock hålla i minnet att ett flertal namn på geografiska platser ingår i uttryck som utvecklat sig till rena varubeteckningar, i Tyskland t ex "Italienischer Salat", "Panamahüte" och "Kölnisches Wasser". Användningen av sådana beteckningar är enligt vad som uttryckligen stadgas i 26 §, 2 st WZG inte otillåten.

Liksom 35 § VmL tycks 26 § WZG i praktiken ha haft begränsad betydelse. Både praxis och litteratur är föga omfattande.[18] I praxis är det främst användningen av uppgifter som kunnat medföra att allmänheten vilseleds om varornas geografiska ursprung som behandlats, medan ingrepp mot andra oriktiga uppgifter i stället skett med stöd av UWG.

6.2.1.1.2 Amerikansk rätt

Strukturen hos amerikansk rätt på detta område skiljer sig betydligt från den som återfinns i svensk rätt. Som redan omtalats i avsnitt 3.2.2.3 finns i den federala lagstiftningen två stadganden som är tillämpliga på användningen av vilseledande varukännetecken,

14. Busse, § 26 anm 6.
15. A st.
16. Baumbach-Hefermehl II, § 26 anm 4. Detta innebär givetvis inte att även användningen av en osann uppgift blir tillåten bara för att allmänheten tror att den är sann.
17. Baumbach-Hefermehl I, § 26 anm 5, Busse, § 26 anm 6.
18. Stadgandet behandlas endast i de stora kommentarerna till WZG.

nämligen sec 43 (a) Lanham Act och sec 5 (a) FTC Act. Därtill kommer den delstatliga rätten som på detta område utgörs dels av de principer om unfair competition som utvecklats i common law,[19] dels av konsumentskyddande delstatlig lagstiftning om "deceptive trade practices". Framför allt tidigare har common laws regler haft ett stort inflytande på tolkningen av den federala lagstiftningen och därför skall common law reglerna här något beröras trots att de utgör delstatlig rätt.

Eftersom sec 43 (a) Lanham Act ingår i varumärkeslagstiftningen i snäv mening och sec 5 (a) FTC Act i den mer generella lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens är det lätt att uppfatta stadgandena som direkta motsvarigheter till 35 § VmL respektive 2 och 3 §§ MFL. Denna uppfattning är också på så sätt korrekt som sec 5 (a) FTC Act och 2 och 3 §§ MFL i särskilt hög grad har till syfte att tillvarata konsumenternas intressen, medan sec 43 (a) Lanham Act i högre grad är avsedd att skydda konkurrerande näringsidkare.[20] Till skillnad från 35 § VmL tar däremot sec 43 (a) inte bara sikte på vilseledande varumärkesanvändning, utan även på ett flertal andra typer av otillbörlig konkurrens. Stadgandet är därför närmast att likna vid en generalklausul mot sådan och är på så sätt mer likt 2 § MFL än 35 § VmL. Stadgandet har också betecknats som "a federal counterpart to state unfair competition law".[21] Alla principer om otillbörlig konkurrens täcks dock inte av sec 43 (a). Frånsett att sec 5 FTC Act är tillämplig även på konkurrensbegränsande handlingar råder mellan detta stadgande och 2 § MFL bland annat den skillnaden att en konkurrerande näringsidkare aldrig kan föra talan enligt det förstnämnda. Huvudsyftet, att skydda konsumenterna, är dock gemensamt för båda dessa lagar och de kommer därför att behandlas tillsammans medan sec 43 (a) Lanham Act, trots angivna olikheter, behandlas här tillsammans med VmL:s regler. Så sker också med de regler som vuxit fram inom common law.

---

19. Se ovan s 142 f.
20. I sec 45, som behandlar Lanham Act:s tolkning och innehåller vissa definitioner, anges uttryckligen bl a att lagens syfte är att skydda konkurrerande näringsidkare, medan däremot ingenting sägs om skydd för konsumenterna.
21. Gilliam et al v. American Broadcasting Companies Inc, 192 USPQ 1 (1976).

Common laws regler om "unfair competition" omfattar förutom "palming" eller "passing off" även regler om användningen av vilseledande varumärken och annan "false advertising".[22] Enligt sistnämnda regler kan en näringsidkare föra talan om förbud och skadestånd om en konkurrent har lämnat oriktig information om sina produkters egenskaper m m.[23] För tillämpligheten av dessa regler är det likgiltigt om den oriktiga informationen ges i form av ett vilseledande varumärke eller ej.[24]

En enskild konsument kan emellertid aldrig med stöd av reglerna mot "false advertising" föra talan om förbud och skadestånd på den grunden att han har ett allmänt intresse av att vilseledande marknadsföring inte förekommer.[25] Redan på grund av förekomsten av sådan marknadsföring har ju konsumenten inte lidit någon ekonomisk skada. Konsumenter som inte lidit skada kan inte heller delta i "class actions" enligt sec 23 Federal Rules of Civil Procedure bland annat på grund av att Supreme Court fastslagit att sådan talan endast kan föras om den skada som drabbat klassen uppgår till minst 10 000 $ per person.[26] Den delstatliga lagstiftningen är dock i vissa fall liberalare på denna punkt.

Däremot kan en köpare som vilseletts och därav lidit skada, oavsett om han är konsument i ordets juridisk tekniska betydelse eller ej, föra talan enligt reglerna om "fraud and deceit".[27] Dessa regler har större likheter med våra köprättsliga skadeståndsregler och kommer därför inte att beröras i det följande.

För att en näringsidkares talan om förbud och skadestånd skall kunna bifallas krävs att näringsidkaren visar att han lidit en direkt ekonomisk förlust av den ifrågavarande handlingen.[28] Ekonomisk skada är således en förutsättning inte bara för skadestånd, utan också för meddelandet av ett förbud. En näringsidkare kan följ-

22. Bernitz, Marknadsrätt s 462 f, Callman, a a vol 1 s 596 ff, Developments in the Law of Competive Torts, 77 Harvard Law Review s 891, McCarthy, a a vol 1 s 14 ff.
23. Developments in the Law of Competitive Torts, 77 Harvard Law Review s 905.
24. Callman, a a s 640.
25. Från praxis ex Holloway v. Bristol-Myers Corp, 485 F2d 986 (1973).
26. Snyder v. Harris, 394 U S 332 (1969), Zahn v. International Paper Co, 414 U S 291 (1973).
27. Developments in the Law of Deceptive Advertising, 80 Harvard Law Review s 1016 f (1966—67), McCarthy, a a vol 2 s 261 f.

aktligen inte föra talan som "a vicarious avenger of the defendants customers".[29] Orsaken till att käranden måste visa att han lidit ekonomisk förlust är att talan om unfair competition anses grundad på att svarandens handling utgör en attack på kärandens egendom.[30] Undantag från nämnda regel gäller dock i tre situationer. För det första kan en näringsidkare som är ensam om att marknadsföra varor som har sådana egenskaper som en konkurrerande näringsidkare felaktigt påstått att även hans varor har föra talan utan att visa direkt förlust.[31] Om flera olika näringsidkare säljer varor med de aktuella egenskaperna och det därför är omöjligt att visa vilken eller vilka av dem som lidit förlust av vilseledandet kan talan föras gemensamt av dem alla i en s k "class action", undantag två.[32] Det tredje undantaget är att en näringsidkare som är verksam inom ett geografiskt område som är känt för produkter med vissa speciella egenskaper kan föra talan mot näringsidkare som felaktigt påstår att även hans varor härstammar från detta område.[33]

I några avgöranden kan emellertid en viss tendens att mildra kravet på bevis om ekonomisk skada skönjas.[34] Detta har av ledande kommentatorer tolkats som en liberalisering av möjligheterna att meddela förbud.[35] Några fasta regler har dock ännu inte utvecklats.

Enligt sec 43 (a) Lanham Act kan bl a användningen av osanna

---

28. Det grundläggande rättsfallet är American Washboard Co v. Saginaw Mfg Co, 103 F 281 (1900) där kärandens talan om förbud för svaranden att ange att de tvättbräden han sålde var gjorda av aluminium ogillades trots att tvättbrädena i verkligheten var tillverkade av zink.
29. Judge Hand i Ely-Norris Safe Co v. Mosler Safe Co, 7 F2d 603 (1925).
30. McCarthy, a a s 242. Detta synsätt kritiseras av Callman, a a s 598 som anser att talan istället bör anses grundad på att svaranden brutit mot vissa etiska principer. Callman torde ha influerats av den uppfattning som ligger till grund för de tyska reglerna på området.
31. Ely-Norris Safe Co v. Mosler Safe Co, 7 F2d 603 (1925). Supreme Court ansåg dock inte käranden (i de lägre instanserna) vara taleberättigad, eftersom det inte bevisats att denne var ensam om att marknadsföra den ifrågavarande produkten, 273 US 132 (1927). Se om avgörandet, Callman, a a s 601 f, McCarthy, a a s 243 f.
32. McCarthy, a a s 243.
33. Callman, a a s 600, McCarthy, a a s 245 f.
34. Från praxis ex Electrolux Corp v. Val-Worth Inc, 123 USPQ 175 (1959), Electronics Corp of America v. Honeywell Inc, 165 USPQ 674 (1970).
35. Callman, i supplementet till a a s 600, McCarthy, a a s 242.

beskrivningar och framställningar förbjudas och medföra skadeståndsansvar. Som framgått redan i avsnitt 3.2.2.3 har sec 43 (a) följande detaljerade lydelse:

"Any person who shall affix, apply, or annex, or use in connection with any goods or services, or any container or containers for goods, a false designation of origin, or any false description or representation, including words or other symbols tending falsely to describe or represent the same, and shall cause such goods or services to enter into commerce, and any person who shall with knowledge of the falsity of such designation of origin or description or representation cause or procure the same to be transported or used in commerce or deliver the same to any carrier to be transported or used, shall be liable to a civil action by any person doing business in the locality falsely indicated as that of origin or the region in which said locality is situated, or by any person who believes that he is or is likely to be damaged by the use of any such false description or representation."

Under de första tio åren efter sin tillkomst tolkades sec 43 (a) mycket restriktivt och ansågs i stort sett endast tillämplig på sådana marknadsföringsåtgärder som även kunde angripas med stöd av common laws regler mot unfair competition eller som åtminstone låg mycket nära dessa situationer.[36] Det första avgörande i vilket det klart uttalades att sec 43 (a):s tillämplighet gick utanför gränserna för unfair competition var L'Aiglon Apparel Inc v. Lana Lobell Inc, vilket avgjordes 1954.[37] Därefter har stadgandets praktiska tillämplighetsområde steg för steg utvidgats.[38]

Talan enligt sec 43 (a) kan föras av de som driver rörelse på den plats eller inom det område som felaktigt utpekas som varans geografiska ursprung samt av varje annan person som lider eller tror att han lider skada av den påtalade åtgärden. Stadgandets ordalydelse tyder således på att även konsumenter kan ha talerätt, men i praxis har motsatt ståndpunkt intagits. Såväl konsumenter som utsatts för de osanna framställningarna[39] som en stat som agerat

36. Bloom, a a s 217.
37. 214 F2d 649.
38. Stor betydelse härför anses Derenbergs artikel Federal Unfair Competition Law at the End of the First Decade of the Lanham Act: Prologe or Epilogue?, 32 New York University L Rev s 1029 ff (1957) ha haft.
39. Ett uppmärksammat fall är Colligan v. Activities Club of New York, 170 USPQ 113 (1971).

för en grupp konsumenters räkning[40] har ansetts sakna möjlighet att föra talan. I ett avgörande har dock en person som inte tillhörde gruppen konkurrerande näringsidkare kunnat grunda sina anspråk på sec 43 (a).[41] Det var här fråga om en uppfinnare som förde talan mot en patentbyrå på grund av att han ansåg att byrån lämnat vilseledande uppgifter om sin verksamhet. Käranden skulle följaktligen inte ha ansetts som konsument i ordets tekniska betydelse enligt svensk rätt, men domstolens motivering tyder på att man ansåg att även sådana personer kan grunda anspråk på sec 43 (a). Trots detta avgörande talar således praxis för att konsumenter inte kan grunda sin talan på sec 43 (a). Anledningen till att denna ståndpunkt intagits är framför allt att stadgandet inte primärt har till syfte att skydda konsumenterna.[42] Ståndpunktstagandet har dock ändå utsatts för en viss kritik.[43] Klart är att förhärskande tolkning minskar stadgandets betydelse från konsumentsynpunkt.

Till skillnad från vad som gäller enligt reglerna i common law behöver en näringsidkare inte visa att han faktiskt lidit skada för att kunna föra talan enligt sec 43 (a), utan det räcker att han kan göra troligt att han kommer att lida sådan.[44] Däremot är naturligtvis skada en förutsättning för att skadestånd skall kunna utgå.[45]

För att användningen av någon i marknadsföringen ingående information skall kunna förbjudas med stöd av sec 43 (a) krävs att informationen innefattar "... a false designation of origin, any false description or representation...". Detta betyder dock inte att informationen måste vara direkt osann, utan det är tillräckligt

40. Florida ex rel Broward Country v. Eli Lilly & Co, 329 F Supp 364 (1971). Däremot har en stat som fört talan i egen sak kunnat grunda denna på sec 43 (a), se State of Florida, Dept of Citrus v. Real Juices Inc, 171 USPQ 66 (1971).
41. Arnesen v. Raymond Lee Organisation Inc. 172 USPQ 1 (1971).
42. Callman, a a s 626, Derenberg, Consumerism and "Old-Fashioned Commercial Honesty", 15 IDEA s 52 ff (1971, konferensnumret), Germain, a a s 215 ff.
43. Dole, Merchant and Consumer Protection: The Uniform Deceptive Trade Practices Act, 76 Yale L J s 500 (1967), Grimes, Controll of Advertising in the United States and Germany, Volkswagen Has A Better Idea, 84 Harvard Law Review s 1774 ff (1971), McCarthy, a a s 249.
44. McCarthy, a a s 249 ff.
45. A a s 251 ff.

att den ger ett vilseledande intryck.[46] Däremot krävs att vilseledande faktiskt uppkommer eller åtminstone att det finns en tendens att ett beaktansvärt antal personer kommer att vilseledas. Som måttstock används vid avgörandet härav "reasonable men".[47] Vilseledandet måste också vara så betydande att det är sannolikt att produktvalet påverkas.[48] Något uppsåt att vilseleda behöver däremot inte föreligga.[49]

I praxis har sec 43 (a) ofta, sannolikt i en majoritet av avgörandena, använts för att förhindra ordinära varumärkesintrång.[50] Andra vanliga typer av förbjudna åtgärder är att avbilda en konkurrentprodukt som exempel på den egna produkten, s k "reverse palming off", och att använda missvisande jämförande reklam. Stadgandet har även fått betydelse för situationer som inte har något direkt sammanhang med varumärkesrätten, t ex upphovsmännens droit moral.[51]

Såvitt gäller annan vilseledande varumärkesanvändning än sådan som utgör varumärkesintrång eller "passing off" synes dock praxis mycket sparsam. Främst tycks det här vara fråga om fall rörande vilseledande om geografiskt ursprung.

6.2.1.2 Kännetecken som är vilseledande efter överlåtelse eller licens

I svensk och övrig nordisk rätt kan som redan nämnts[52] rätten till ett varukännetecken överlåtas utan samband med den rörelse från vilken de varor kännetecknet symboliserar härstammar, 32 § VmL. Även kännetecken som före en sådan överlåtelse inte är vilseledande löper i och med denna en viss risk för att bli det. Om

46. Germain, a a s 205 f, McCarthy, a a s 255.
47. Germain, a a s 208, Rosden, a a s 11—22.
48. Germain, a a s 208 f.
49. Germain, a a s 213, McCarthy, a a s 255.
50. Genomgångar av praxis finns i Bloom, a a s 217 ff, Germain, a a s 209 ff, McCarthy, a a s 256 ff. I TMR återfinns också årligen en genomgång av det senaste årets varumärkespraxis. De senaste fem årens redogörelse finns i 65 TMR s 437 ff (1975), 66 TMR s 411 ff (1976), 67 TMR s 564 ff (1977), 68 TMR s 827 ff (1978) och 69 TMR s 608 ff (1979).
51. "The Monty Python Case", Gilliam v. American Broadcasting Co, 192 USPQ 1 (1976).
52. Se ovan s 344 ff.

ett varukännetecken t ex innehåller vissa uppgifter om den rörelse vars produkter kännetecknet använts för är det inte säkert att dessa uppgifter är korrekta även efter en överlåtelse. Vanligare torde det dock vara att ett kännetecken efter en överlåtelse börjar användas för att symbolisera varor vars egenskaper skiljer sig från egenskaperna hos de varor kännetecknet tidigare användes för. Konsumenterna kan då komma att vilseledas, eftersom de ofta antar att ett kännetecken symboliserar varor med åtminstone vissa konstanta egenskaper.[53]

Av förarbetena till 35 §, 1 st VmL framgår att stadgandet är tillämpligt på vilseledanden av den typ som anges i det första av de ovannämnda exemplen, d v s då kännetecknet innehåller en uppgift som efter överlåtelsen inte längre är riktig.[54]

Däremot berörs den situationen att ett kännetecken efter en överlåtelse symboliserar produkter med andra egenskaper än tidigare endast på det sättet, att det omtalas att i några svar på en enquete som varumärkes- och firmautredningen gjorde de tillfrågade påpekat att ett kännetecknens bundenhet till en viss rörelse inte innebar någon garanti för att varorna har konstant beskaffenhet, eftersom denna kan ändras även om kännetecknet inte överlåtits.[55]

Däremot togs motsvarande problem upp i samband med frågan om tillåtligheten av varumärkeslicens. Efter upplåtelse av en sådan licens kan det förekomma att licensgivaren och licenstagaren marknadsför produkter med olika egenskaper under samma varukännetecken eller, om licensgivaren upphör med egen tillverkning, att egenskaperna hos licenstagarens produkter avviker från egenskaperna hos de varor licensgivaren tidigare marknadsförde under det licensierade kännetecknet. Angående dessa situationer uttalade varumärkes- och firmautredningen följande:[56]

"Där varumärke användes av licenstagare måste det anses vara ett starkt allmänt intresse, att de varor licenstagaren tillhandahåller under märket äro likvärdiga med märkeshavarens egna varor. Där så ej är

53. Se ovan s 72 ff.
54. SOU 1958: 10 s 151.
55. A a s 150. Uttalandet är således inte utredningens och tar sikte på rättsläget före VmL:s ikraftträdande.
56. SOU 1958: 10 s 155.

fallet, blir kundkretsen vilseledd. Men det är lika mycket i märkeshavarens eget intresse att tillse, att licenstagaren inte försämrar märkets renommé. Man kan därför räkna med, att licenstagaren i avtalet förbehåller sig rätten att kontrollera licenstagarens varor och övervaka hans användning av märket. Att göra märkesrättens giltighet beroende av dylik kontroll såsom i England och Förenta Staterna har utredningen dock ej ansett vara erforderligt. I stället gäller enligt förslaget ovan angivna mer allmänna regler mot vilseledande varumärkesanvändning. Liksom vid överlåtelse äro reglerna även här avsedda att tillämpas med varsamhet och, av registreringsmyndigheten, endast i sådana fall där faran för vilseledande är uppenbar. Att myndigheten skall driva någon form av kvalitetskontroll är självfallet uteslutet."[57]

Av uttalandet framgår att användningen av ett licensierat kännetecken för varor vars egenskaper inte är likvärdiga med licensgivarens egna kan förbjudas med stöd av 35 §, 1 st. Även om uttalandet i första hand tar sikte på det fallet att både licensgivaren och licenstagaren använder det licensierade märket, innehåller det inget som tyder på att rättsläget blir ett annat om licensgivaren efter licensens meddelande upphör att själv använda märket. Rent faktiskt råder dock den skillnaden att i det första fallet antalet vilseledanden sannolikt kommer att vara konstant hela den tid licensgivaren och licenstagaren använder kännetecknet, medan i det senare fallet antalet vilseledanden kommer att minska alltefter-som konsumenterna upptäcker att kännetecknet nu enbart symboliserar varor med andra egenskaper än tidigare. Eftersom vilseledandet även i det senare fallet kan vara väl så beaktansvärt, t ex om det licensierade kännetecknet är mycket känt, måste emellertid slutsatsen bli att rättsläget är detsamma i bägge fallen.

Genom att överlåtelse och licens parallellställts i 35 §, 1 st leder det sagda till slutsatsen att även användningen av ett kännetecken som efter överlåtelse symboliserar varor vars egenskaper i mer betydande omfattning skiljer sig från dem som kännetecknet tidigare använts för kan vara vilseledande.[58] Av det ovan citerade förarbetsuttalandet framgår också att lagstiftaren tänkt sig att vilseledandereglerna skall vara desamma för överlåtelse och licens.

57. Se också Uggla, Överlåtelse- och licensfrågor inom varumärkesrätten, NIR 1953 s 94 och 100.
58. Härför talar även Ugglas uttalanden i a a s 94 och 100.

Risken för faktiska vilseledanden är ju även lika stora vid överlåtelse som vid sådan licensiering där licensgivaren upphör att själv använda märket.

Ordalydelsen hos 35 §, 1 st enligt vilken förbud mot användning kan meddelas om kännetecknet "är vilseledande i den nye innehavarens eller licenstagarens hand..." är dock inte helt lyckad. Man får härav närmast intrycket att förbud endast kan meddelas då kännetecknet är vilseledande just p g a att det används av den nye innehavaren eller licenstagaren. I de fall som här diskuteras är det emellertid inte innehavarens eller licenstagarens person i sig som orsakar vilseledandet utan egenskaperna hos deras varor. Den mer generella lydelsen hos 35 §, 2 st täcker därför egentligen även de här diskuterade fallen bättre. Avsikten är dock att de skall falla under första stycket.[59]

Även om det är klart att användningen av ett överlåtet eller licensierat kännetecken för varor med andra egenskaper än överlåtarens eller licenstagarens kan vara vilseledande enligt 35 §, 1 st VmL är givetvis så inte alltid fallet. Först och främst fordras att kännetecknet uppfattas som en symbol för vissa egenskaper, eftersom några vilseledanden annars inte kan uppkomma. Överlåtaren eller licenstagaren måste därför i praktiken ha använt kännetecknet för varor av den aktuella typen. Om kännetecknet använts gäller, liksom i förväxlingsfallen, att ju större omfattning användningen har haft, desto fler konsumenter kan komma att vilseledas. Användningen av ett kännetecken för produkter med förändrade egenskaper kan därför bara förbjudas om märket använts i icke oväsentlig omfattning.

En närliggande fråga är var användningen skall ha skett. I licensfallet är det ju inte ovanligt att licensgivaren själv aldrig använt kännetecknet inom det land eller område licensen avser. För att vilseledanden skall kunna uppkomma bland svenska konsumenter är det emellertid inte heller nödvändigt att användning skett här i landet, eftersom konsumenterna kan ha fått erfarenheter av mär-

59. Prop 1960: 167 s 171.

ket utomlands.[60] Att kännetecknet tidigare endast använts i utlandet bör därför ej automatiskt medföra att en ny innehavares eller licenstagares användning aldrig kan anses vilseledande, även om vilseledanden naturligtvis endast undantagsvis kan tänkas uppkomma.

Det måste också beaktas att många produktförändringar är av sådan typ att de normalt vidtas då och då under en produkts livstid och att konsumenterna därför räknar med dem.[61] Vilka dessa förändringar är kan inte anges generellt utan måste bedömas från fall till fall. Det enda som kan sägas härom är därför att alla förändringar inte behöver leda till vilseledanden. Självfallet är kännetecknensanvändningen inte heller vilseledande om det av andra omständigheter framgår att varans egenskaper har förändrats, t ex genom att det efter kännetecknet anges "Nu med X".[62]

Såvitt gäller registrerade märken kan överlåtelser och licenser på begäran av endera avtalsparten antecknas i varumärkesregistret, 33 resp 34 §§ VmL. Anteckning är helt frivillig och har ingen betydelse för överlåtelsens eller licensens giltighet. Anteckning om överlåtelse medför endast att den som senast blivit införd i registret i mål och ärenden angående märket skall anses som dess innehavare, 33 §, 2 st, medan anteckning om licens helt saknar egentlig betydelse.[63]

Både vid sådan överlåtelse som sker utan samband med den rörelse varumärket tillhör och vid licens skall anteckning vägras om den nye innehavarens eller licenstagarens användning av märket uppenbarligen är ägnad att vilseleda allmänheten. Kriteriet är

60. Som jämförelse kan nämnas att inarbetning ju inte förutsätter att märket använts här i Sverige, utan endast att det blivit känt här. För att inarbetning skall anses föreligga krävs dock bara kännedom om märket, medan här aktuellt vilseledande dessutom förutsätter vetskap om de ifrågavarande produkternas egenskaper.
61. Jfr ovan s 72 f.
62. Samma Hanak, a a s 330 ff.
63. Enligt varumärkes- och firmautredningens förslag var däremot anteckning en förutsättning för sakrättsligt skydd gentemot senare godtroende förvärvare vid dubbelöverlåtelse resp. överlåtelse av licensierat varumärke, se SOU 1958: 10 s 323 resp. 324 f. Departementschefen ansåg dock att regleringen av frågor om dubbelöverlåtelse av industriella rättigheter lämpligen kunde anstå för att prövas i ett sammanhang i samband med en revision av patenträtten, prop 1960: 167 s 167, 170 Resultatet har emellertid blivit att frågan fortfarande är oreglerad.

således detsamma som i registreringshindret i 14 §, 2 p VmL. Möjligheten att vägra anteckning av licenser har dock från konsumentsynpunkt närmast obefintlig betydelse. Eftersom begäran om anteckning är helt frivillig och anteckning inte heller medför någon större fördel för någon av avtalsparterna är det ju självklart att anteckning aldrig begärs i de fall då varumärkesanvändningen uppenbarligen kommer att bli ägnad att vilseleda allmänheten. Varken regeringsrätten eller patentbesvärsrätten har heller i något avgörande haft att ta ställning till huruvida sådan anteckning skall vägras på grund av risk för vilseledande.[64]

De uppgifter den näringsidkare som ansöker om anteckning i varumärkesregistret måste lämna till PRV anges såvitt gäller överlåtelse i 14 § VmF och såvitt gäller licens i 15 § VmF.[65] Med stöd av dessa uppgifter är det emellertid ofta omöjligt att avgöra huruvida användningen av märket kan komma att vilseleda allmänheten eller ej. Härför krävs framför allt vetskap om vilka varor märket ifråga är avsett att användas för och vilka egenskaper dessa har. Tillverkningen av de varor det överlåtna eller licensierade märket skall användas för påbörjas emellertid så gott som undantagslöst först efter det att överlåtelse- eller licensavtalet ingåtts och eventuellt antecknats i varumärkesregistret. Som förutsättning för anteckning av licenser kan inte heller föreskrivas att de i licensavtal normalt förekommande bestämmelserna om hur tillverkningen av de ifrågavarande varorna skall ske, måste anges.[66] Resultatet blir

64. Frågor rörande anteckning i varumärkesregistret har överhuvudtaget bara prövats av domstol i tre fall nämligen, RÅ 1964 s 71 (= NIR 1966 s 62, angående anteckning av partiell överlåtelse), besvärsavdelningen 4/65 (vid samtidig anteckning av två licenser avseende samma varumärke ansågs att dubbel avgift skulle uttas) och besvärsavdelningen 44/68 (angående anteckning av partiell överlåtelse).
65. Enligt 14 § VmF skall ansökan om anteckning innehålla uppgifter om sökandens namn eller firma samt adress, eventuellt ombuds namn och adress, den rörelse för vilken märket är avsett, om den nye innehavaren inte är sökande, dennes godkännande av den begärda åtgärden och därtill skall bifogas handling som styrker märkesrättens övergång och om övergången skett med eller utan samband med den rörelse märket tillhör samt i vissa fall vederbörligt hemlandsbevis.
    Enligt 15 § VmF skall ansökan om anteckning av licens innehålla uppgift om licenstagarens namn eller firma och adress, dagen för licensavtalet och eventuella begränsningar i licenstagarens rätt. Därtill skall fogas licensavtalet eller utdrag därav.
66. SOU 1958: 10 s 324.

nämligen då att parterna överenskommer om att ej begära anteckning, eftersom de inte vill riskera att avslöja hemlig know how.

Slutsatsen av ovanstående blir att reglerna om förbud mot anteckning av sådana överlåtelser och licenser som kan leda till en varumärkesanvändning som uppenbarligen är ägnad att vilseleda allmänheten varken fyller eller kan fylla någon mer betydande konsumentskyddande funktion.

6.2.1.2.1 Tysk och amerikansk rätt

I tysk rätt finns inga regler som särskilt tar sikte på en ny innehavares eller licenstagares användning av ett varumärke. Såvitt gäller överlåtelsefallen bör detta ses mot bakgrund av att fri överlåtelse inte är tillåten. Normalt blir inte heller förbudet mot användningen av oriktiga uppgifter i 26 § WZG tillämpligt, eftersom det vilseledande som användningen av ett överlåtet eller licensierat varumärke kan medföra, vanligen inte grundar sig på att märket innehåller någon oriktig uppgift. Ovanstående innebär att en ny innehavare eller licenstagare inte har större skyldigheter att låta kännetecknet symbolisera varor av oförändrad kvalitet än den tidigare innehavaren eller licensgivaren skulle ha haft och som följer av reglerna i UWG.[67]

Enligt amerikansk rätt kan som ovan framgått ett varumärke endast överlåtas tillsammans med den goodwill det representerar och den nye innehavaren får i princip endast använda det för varor av i huvudsak samma typ och med samma egenskaper som överlåtarens.[68] Regeln är ett specialfall av den mer generella principen att det överhuvudtaget inte är tillåtet att fortsätta att använda ett oförändrat varumärke för varor vars egenskaper har ändrats i mer betydande hänseenden. Avgörande är om skillnaden mellan varorna är sådan att konsumenterna kan komma att vilseledas.[69] Huruvida så är fallet måste uppenbarligen avgöras i varje särskilt fall för sig med hänsyn till vad märket uppfattas symbolisera.

Om ett märke efter en överlåtelse används för varor med helt

67. Se närmare nedan s 446.
68. Se ovan s 347 och Callman, a a vol 3 s 416 ff, McCarthy, a a vol 1 s 621 ff.
69. Callman, a a s 421 ff, McCarthy, a a s 621 f.

andra egenskaper än de den tidigare innehavarens varor hade blir effekten att överlåtelsen är ogiltig. Ett känt exempel från praxis rör de välbekanta varumärket 4711.[70]

Innehavare i USA av varumärket 4711 var ursprungligen den dåvarande agenten, firman Muelhens och Kropff, ägd av två personer med dessa namn. Huvudman var den tyska familjefirman Muelhens. Eftersom Muelhens var tysk exproprierades efter första världskriget dennes del av den amerikanska firman. Kropff förvärvade den exproprierade delen av de amerikanska myndigheterna och blev således ensam ägare till firman Muelhens och Kropff. Däremot fick Kropff vid förvärvet inte del av den hemliga formel enligt vilken eau de colognen 4711 tillverkades. Domstolen konstaterade att varumärket 4711 för allmänheten innebar två saker nämligen dels att varan härstammade från den tyska firman Muelhens, dels att varan tillverkats enligt ett visst recept. Domstolen ansåg att den nye innehavaren av varumärket 4711 hade efterträtt den tyska firman Muelhens som det kommersiella ursprunget. Att den nye innehavaren inte hade tillgång till det hemliga receptet ansågs däremot stå i mindre god överensstämmelse med principen att fri överlåtelse inte är tillåten och den nye innehavarens användning av märket ansågs också kunna vilseleda allmänheten om eau de colognens egenskaper. Ensamrätten till varumärket 4711 ansågs därför inte ha övergått för de varor som tillverkades enligt det hemliga receptet, utan endast för övriga varor.

I samklang med ovanstående regler om överlåtelse av varumärke utgör kontroll av licenstagarens varor en förutsättning för att varumärkeslicens överhuvudtaget skall vara tillåten.[71] Kravet anses indirekt framgå av sec 5 Lanham Act där det stadgas:

"Where a registered mark or a mark sought to be registered is or may be used legitimately by related companies, such use shall inure to the benefit of the registrant or applicant for registration, and such use shall not affect the validity of such mark or of its registration, provided such mark is not used in such a manner as to deceive the public."

70. Muelhens & Kropff v. Ferd Muelhens Inc, 43 F2d 937 (1930), 21 TMR 423 (1931). Ett senare känt avgörande är Pepsico Inc v. The Grapette Co, 416 F2d 285 (1969).
71. Callman, a a s 458 f, McCarthy, a a s 633 ff. Från praxis bl a de kända avgörandena E I Du Pont De Nemours & Co v. Celanese Corp, 167 F2d 484, 3 ALR2d 1213 (1948), Dawn Donut Co Inc v. Hart's Food Stores Inc, 267 F2d 358, 49 TMR 631 (1959).

Termen "related company" definieras i sec 45 på följande sätt:

"The term "related company" means any person who legitimately controls or is controlled by the registrant or applicant for registration in respect to the nature and quality of the goods or services in connection with which the mark is used."

Detta absoluta krav på produktkontroll måste ses mot bakgrund av att endast använda märken kan erhålla skydd i USA.

Däremot är det relativt oklart vilka typer av åtgärder licensgivaren måste vidta och hur omfattande dessa måste vara för att kravet på produktkontroll skall vara uppfyllt. Här synes omständigheterna i det enskilda fallet ha stor betydelse, t ex vilken typ av vara det är fråga om och vad varumärket uppfattas symbolisera.[72] Kontrollen synes inte behöva vara särskilt omfattande.[73] McCarthy anger att i de flesta domar det avgörande varit om licensgivaren faktiskt utövat någon kontroll av licenstagarens produkter.[74] Om faktisk kontroll förekommit behöver licensavtalet inte ens innehålla någon bestämmelse därom.[75] Å andra sidan synes kontrollkravet vara uppfyllt så snart kontrollbestämmelser intagits i licensavtalet. I några fall har domstolarna t o m ansett att den kontroll licenstagaren själv utfört varit tillräcklig.[76] I ett annat avgörande, där licensen avsåg en tjänst (bokföring) har det ansetts tillräckligt att licensgivaren p g a tidigare samarbete kände till kvalifikationerna hos den person som utförde tjänsten.[77]

Avtalsklausuler med innebörd att licenstagaren är skyldig att förvärva komponenter till den produkt varumärkeslicensen är avsedd för från licensgivaren är exempel på en bestämmelse som kan bidra till en effektiv kvalitetskontroll. Å andra sidan kan sådana klausuler komma i konflikt med anti-trustlagstiftningens regler.[78]

---

72. Bohlig i Die Warenzeichenlizenz s 382. Från senare praxis t ex Edwin K Williams & Co Inc v. Edvin K Williams & Co-East, 191 USPQ 563 (1976).
73. Ex Kentucky Fried Chicken Corp v. Diversified Packaging Corp, 193 USPQ 649 (1977).
74. McCarthy, a a s 640 ff.
75. Se t ex Judge Lumbard i det ovan nämnda Dawn Donut Co v. Hart's Food Stores, 267 F2d 358, 49 TMR 631 (1959).
76. McCarthy, a a s 640.
77. Edwin K Williams & Co Inc v. Edwin K Williams & Co-East, 191 USPQ 563 (1976).

Licensgivaren måste således även ge akt på att han inte binder upp licenstagaren alltför hårt.

Det kan således konstateras att möjligheten att med stöd av 35 § VmL förbjuda en ny innehavare eller licenstagare att använda ett överlåtet eller licensierat kännetecken som symbol för varor vars egenskaper skiljer sig från egenskaperna hos de varor kännetecknet tidigare symboliserade harmonierar med de amerikanska reglerna på området. Både i Sverige och USA har dock dessa regler fått begränsad praktisk betydelse. Några motsvarande regler finns däremot inte i den tyska WZG. Enligt denna är dock fri överlåtelse inte tillåten.

6.2.1.3 Innehavarens fortsatta användning av ett varukännetecken för varor vars egenskaper har förändrats

Huruvida innehavarens fortsatta användning av ett varukännetecken för varor vars egenskaper han själv har förändrat kan förbjudas med stöd av 35 § VmL berörs överhuvudtaget inte i förarbetena. Den allmänna uppfattningen torde emellertid vara att sådan varumärkesanvändning varken före eller efter VmL:s tillkomst är vilseledande.[79]

Det är emellertid uppenbart att om väsentliga egenskaper hos en vara som kännetecknas av ett starkt suggestivt kännetecken ändras på ett sådant sätt att kännetecknet därefter antyder egenskaper som varan inte längre besitter, så är fortsatt användning av kännetecknet vilseledande. Användningen av t ex märket YL-LONA för bomullstyger är givetvis vilseledande[80] oavsett om märket tidigare använts för tyger av ylle eller inte. Härom torde inte heller några delade meningar råda.

Mer osäkert är däremot om också användningen av ett icke-suggestivt kännetecken för varor vars egenskaper har förändrats kan förbjudas. Det finns dock flera omständigheter som talar för denna tolkning.

---

78. McCarthy, a a s 643 f.
79. SOU 1958: 10 s 150, Heiding, avh s 185 f båda ang rättsläget före VmL:s ikraftträdande.
80. Jfr ovan s 367.

Som ovan[81] har fastslagits kan ett sådant förbud meddelas om varuförändringen sker efter överlåtelse eller licens. Det är således klart att lagstiftaren ansett det faktiska förhållandet att ett och samma varumärke under olika tidsperioder används för produkter med skilda egenskaper utan att konsumenterna känner till detta, kan vilseleda i så betydande grad att ett ingrepp är befogat.

Vidare gör lydelsen av 35 §, 2 st, särskilt orden "och eljest" det naturligt att tolka stadgandet så att de handlingar som förbjuds enligt första stycket utgör specialfall av vad som ändå är förbjudet enligt andra stycket. I det ovan på sid 393 f citerade förarbetsuttalandet anges också att 35 § innehåller "mer allmänna regler mot vilseledande varumärkesanvändning".

Det är även klart att konsumenterna vilseleds i lika hög grad oavsett vilken näringsidkare som använder kännetecknet på förändrade varor. Konsumenterna behöver ju överhuvudtaget inte känna till vem som är kännetecknets innehavare. De rättspolitiska skäl som talar för att det efter licensiering eller överlåtelse skall vara möjligt att förbjuda användningen av ett kännetecken på förändrade produkter talar således också för att sådan användning skall kunna förbjudas även om det är samma näringsidkare som använder kännetecknet.

Å andra sidan finns även omständigheter som talar för motsatt tolkning. Definitionsmässigt har ett varukännetecken endast till funktion att särskilja varor efter deras kommersiella ursprung. Varumärkeslagstiftningen bygger på principen att varumärket inte på något sätt kännetecknar en vara med vissa specifika egenskaper. Tvärtom löper ju märket då risk att degenereras och därmed förlora sitt skydd. Från rent principiell varumärketsrättslig synpunkt är således slutsatsen att ett varumärke står som symbol för vissa bestämda egenskaper helt felaktig.[82] Att allmänheten ändå drar denna slutsats beror på en missuppfattning av vad som utgör varumärkets skillnadsgrund.

Vidare är att märka att varumärkes- och firmautredningen på ett flertal ställen uttalar att 35 § är avsedd att tillämpas med var-

81. Se ovan s 392 ff.
82. Bernitz-Pehrson, a a s 200.

samhet,[83] något som kan göra domstolarna mindre benägna att ingripa mot sådan varumärkesanvändning som i förarbetena inte uttryckligen angetts som vilseledande.

Som framgått i kapitlet om varumärkets faktiska funktioner och effekter brukar i tysk litteratur den aktuella frågan behandlas under rubriken varumärkets kvalitetsfunktion, alternativt garanti- eller förtroendefunktion. I litteraturen har främst undersökts huruvida och i så fall i vad mån denna funktion är på något sätt rättsligt skyddad eller erkänd. Frågan berörs i så gott som alla varumärkesrättsliga framställningar och litteraturen är därför överflödande.

Enighet råder härvid om att en varumärkesinnehavare enligt WZG inte kan förhindras att använda sitt varumärke även om de ifrågavarande produkternas egenskaper väsentligt förändrats.[84]

Vissa författare, t ex Loewenheim, Riehle och Tietgen[85] intar dock ståndpunkten att garantifunktionen ändå har ett indirekt skydd på grund av skyddet för ursprungsfunktionen. Vikt fästs härvid bland annat vid att en näringsidkare som reparerar en märkesvara med icke-originaldelar och på så sätt förändrar varans egenskaper begår varumärkesintrång. Loewenheim och Riehle anser till och med att det är garantifunktionens skydd som är varumärkeslagstiftningens mål. Att skyddet direkt tar sikte på ursprungsfunktionen är bara ett lagtekniskt grepp. Beier-Krieger anför däremot,[86] enligt min mening helt riktigt, att det förhållandet att en tredje man som förändrar en vara inte får sälja den vidare under sitt ursprungliga varumärke inte har något med skyddet för varumärkets garantifunktion att göra. Som Sack[87] och Vanzetti[88] påpekar kan garantifunktionen inte heller vara skyddad så länge varumärkesinnehavaren själv är oförhindrad att vidta sådana produktförändringar som kan vilseleda allmänheten.

Liksom i svensk rätt kan registreringen av ett varumärke som är vilseledande komma att hävdas, 11 §, 1 st, 3 p WZG. Att de produk-

83. SOU 1958: 10 s 151, 155, 327.
84. Se bl a Baumbach-Hefermehl II, Einl anm 14, Beier-Krieger, a a s 127, Goerdel, Die Warenzeichenrechtliche Problematik unerwünchter Parallelimporte, s 215 f, Loewenheim, a a s 248, Riehle, a a s 109, Sack, a a s 445 f, Tietgen, a a s 41. Se också Troller, a a s 305 för schweizisk rätt och Vanzetti, a a s 134 för italiensk.
85. A a s 240 ff, a a s 123 ff respektive a a s 41 f.
86. A a s 127.
87. A a s 449.
88. A a s 134.

ter varumärket används för har väsentligen förändrats anses dock inte medföra något vilseledande i stadgandets mening.[89]

Som antytts redan i föregående avsnitt[90] anses i amerikansk rätt väsentliga förändringar av egenskaperna hos de varor ett visst varumärke används för i princip kunna medföra att varumärkesanvändningen anses vilseledande.[91] Enligt Hanak[92] kan sådan varumärkesanvändning förbjudas såsom stridande mot sec 43 (a) Lanham Act. Några avgöranden härom finns enligt Hanak dock ännu inte. Av litteraturuttalandena[93] framgår också att principen bara får betydelse vid mer omfattande varuförändringar. Vidare kan skyddet för ett varumärke som använts för produkter vars egenskaper har förändrats utebli på grund av reglerna om "unclean hands".[94] Även denna påföljd torde dock förutsätta att varuförändringarna är mycket betydande.

Redan av ovanstående summariska genomgång framgår att den principiella inställningen i tysk respektive amerikansk rätt rörande den aktuella frågan är helt olika. Rättsläget utomlands kan därför inte påverka tolkningen av VmL:s regler i någon viss riktning.

Vid en samlad bedömning av rättsläget i Sverige synes de i detta stycke angivna omständigheterna tala för att 35 §, 1 st VmL endast utgör ett förtydligande av vad som ändå följer av stadgandets andra stycke. Detta leder till att stadgandet kan vara tillämpligt när ett varukännetecken används som symbol för varor vars egenskaper har förändrats oavsett om någon överlåtelse eller licensupplåtelse ägt rum. För denna tolkning talar också den allmänt restriktivare inställning till olika typer av vilseledande marknadsföring som vuxit fram under de senare åren samt att tyngden av det principiellt riktiga men verklighetsfrämmande förhållandet att ett varukännetecken endast symboliserar det kommersiella ursprunget måste anses begränsad.[95] Självfallet strider dock inte all

89. Goerdel, a a s 216, Sack, a a s 446 f. Loewenheim, a a s 247 intar dock möjligen en annan mening.
90. Se ovan s 398.
91. Callman, a a vol 1 s 640 ff, vol 3 s 10 f, McCarthy, vol 1 s 599 f.
92. A a s 324 ff.
93. Se de ovan i not 91 anförda arbetena.
94. Callman, a a vol 1 s 640 f, vol 3 s 10, Hanak, a a s 320 ff, McCarthy, a a s 599 f.
95. Jag är medveten om att jag tidigare närmast intagit motsatt ståndpunkt, se Konsument-, rätt och ekonomi 1978: 3 s 19.

användning av ett kännetecken för varor med förändrade egenskaper mot 35 §, utan frågan om en viss känneteckensanvändning är vilseledande eller ej måste för varje enskilt fall avgöras enligt de bedömningsnormer som ovan angivits för överlåtelse- och licensfallen.[96]

6.2.1.4 Märkesdifferentiering

Märkesdifferentiering och därmed besläktade frågor berörs inte på något sätt i förarbetena till VmL vilket är naturligt med tanke på att lagstiftaren på 1950-talet knappast hade upptäckt att märkesdifferentiering kan leda till vilseledanden. Detta avspeglar sig också i att märkesdifferentiering först under de senaste åren har uppmärksammats i den juridiska litteraturen. Det förefaller därför troligt att märkesdifferentiering inte ägnades någon uppmärksamhet vid utarbetandet av varumärkeslagen.

Märkesdifferentiering kan leda till felaktiga uppfattningar dels på så sätt att konsumenterna tror att de ifrågavarande produkterna har olika kommersiellt ursprung, dels genom att konsumenterna felaktigt antar att varorna har olika egenskaper. Varumärkesrättsligt anses det emellertid fullt normalt och legitimt att en näringsidkare använder sig av flera olika varukännetecken. Tanken att alla varor som har samma kommersiella ursprung också skall kännetecknas av samma varumärke har således inget som helst stöd i de varumärkesrättsliga principerna.[97] Det är därför fullständigt uteslutet att tänka sig att förbjuda märkesdifferentiering med stöd av 35 § VmL på den grunden att differentieringen orsakar någon sorts omvänt vilseledande om kommersiellt ursprung.

Något tveksamt är däremot om förbud kan meddelas mot sådan märkesdifferentiering som i det enskilda fallet leder till att konsumenterna vilseleds om de inblandade varornas egenskaper. För att så skall kunna ske talar dels att 35 §, 2 st är tillämplig då i sig inte vilseledande kännetecken används på ett vilseledande sätt, dels att märkesdifferentiering kan ge upphov till vilseledanden som måste bedömas som så allvarliga att ingrepp från rättspolitisk synpunkt bör kunna ske.

96. Se ovan s 395 f.
97. Se ovan s 34 ff.

Det finns dock flera andra skäl som talar emot stadgandets tillämplighet. Märkesdifferentiering kan i sig inte leda till så specificerade och betydande vilseledanden om de ifrågavarande produkternas egenskaper som när näringsidkare fortsätter att använda ett kännetecken som symbol för varor vars egenskaper har förändrats. I de senare fallen har ju konsumenterna ofta en mycket bestämd uppfattning om vilka egenskaper den efterfrågade varan har och en avvikelse härifrån kan leda till ett lika konkret vilseledande som om det i reklam direkt utsagts att varan har egenskapen ifråga. Vid märkesdifferentiering antar konsumenterna däremot bara att den ena produkten skiljer sig från den andra, men de har i allmänhet inte någon uppfattning om vilka egenskaper som är olika. Det är normalt först då märkesdifferentieringen kombineras med andra marknadsföringsåtgärder, särskilt prisdifferentiering, som effekterna från konsumentsynpunkt blir allvarliga. Marknadsdomstolen var således i Alcro-målet[98] enig om att märkesdifferentiering i sig inte är vilseledande, eller åtminstone att märkesdifferentiering i sig inte är så vilseledande att ingrepp däremot kan ske med stöd av nuvarande 2 § MFL. Eftersom MFL:s regler om vilseledande kännetecken är strängare än VmL:s[99] skulle detta innebära att inte heller sådan märkesdifferentiering som kan vilseleda konsumenterna om varornas egenskaper faller under 35 § VmL. Detta stadgande är vidare bara tillämpligt på vilseledande varumärkesanvändning. De ytterligare nackdelar för konsumenterna som uppkommer om märkesdifferentieringen kombineras med prisdifferentiering torde därför inte ha någon betydelse för bedömningen enligt 35 § VmL. Med stöd av detta stadgande kan inte följaktligen något förbud mot prisdifferentieringen meddelas. Slutsatsen av det anförda blir att 35 §, 2 st inte är tillämplig på märkesdifferentiering.[100]

I utländsk rätt, särskilt amerikansk, anses märkesdifferentiering främst vara ett konkurrensbegränsningsrättsligt problem, eftersom försäljningen av identiska varor till skilda priser kan komma i konflikt med lagstiftningen på detta område. I den tyska rent varumärkesrättsliga litteraturen behandlas frågan inte alls. Detta är

98. MD 1977: 22 (= NIR 1978 s 137).
99. Se nedan s 408 ff.
100. Samma Bernitz-Pehrson, a a s 201.

också naturligt med tanke på att endast förbud mot användningen av vilseledande uppgifter, vilket det ju inte är fråga om vid märkesdifferentiering, kan förbjudas med stöd av WZG.[101] Däremot skulle märkesdifferentiering teoretiskt kunna strida mot reglerna i UWG.[102]

Enligt amerikansk rätt kan märkesdifferentiering som är kombinerad med prisdifferentiering komma i konflikt med sec 2 (a) Robinson-Patman Act vilken förbjuder en person att direkt eller indirekt prisdiskriminera mellan olika köpare vid försäljning av varor med samma egenskaper och kvalitet. Sådan märkesdifferentiering kan även utgöra false advertising.[103] Något fall där sec 43 (a) Lanham Act tillämpats på märkesdifferentiering känner jag dock inte till. Detta kan förklaras av att märkesdifferentiering normalt endast förorsakar nackdelar för konsumenterna vilka inte kan föra talan enligt detta stadgande. Däremot har märkesdifferentiering i ett gammalt underrättsavgörande som numer torde ha begränsat värde ansetts medföra att käranden ansågs ha "unclean hands".[104]

Genom förvärv av konkurrerande företag hade ett bolag fått kontroll över tre olika varumärken för rakblad och rakhyvlar. Efter förvärven såldes samma rakblad under alla de tre olika varumärkena till skilda priser. Bolaget stämde därefter ett utanförstående bolag för varumärkesintrång. Domstolen ansåg dock att käranden inte kunde åberopa sin varumärkesrätt, eftersom hans varumärkesanvändning hade vilselett konsumenterna. Käranden överklagade domen och Court of Appeals ansåg att kärandens användning av de olika varumärkena inte kunde medföra att "unclean hands" förelåg, eftersom de uppköpta företagen fortfarande ansågs agera självständigt och det därför var naturligt att de använde olika varumärken samt att kostnaderna för att tillverka rakbladen dessutom vara olika. Av domen framgår inte om Court of Appeals skulle ha ansett att "unclean hands" förelegat om de förvärvade bolagen inte skulle ha agerat självständigt.

101. Se ovan s 385 f.
102. Se nedan s 451 f, 454 not 225.
103. Callman, a a vol 1 s 642 ff, 762.
104. American Safety Razor Corp v. International Safety Razor Corp, 26 F2d 108, 18 TMR s 386 (1928) överklagad och ändrad i 34 F2d 445, 19 TMR s 398 (1929).

6.2.2 Marknadsföringslagen

6.2.2.1 Allmänt om generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring

Som framgått präglas marknadsföringslagens förarbeten av en viss kluvenhet såvitt gäller möjligheten att med stöd av lagen ingripa mot användningen av kännetecken som kan ge upphov till vilseledanden om varors kommersiella ursprung.[105] Denna kluvenhet har ingen motsvarighet när det är fråga om möjligheten att förbjuda användningen av varukännetecken som på andra sätt är vilseledande.

Ett huvudsyfte med MFL är att skydda allmänheten mot vilseledande framställningar.[106] Vid bedömningen av om en framställning är vilseledande enligt 2 § MFL saknar det helt betydelse om framställningen utgörs av ett varumärke eller ej. Detta framgår tydligt av följande uttalande i propositionen angående marknadsföringslagens införande:[107]

"Ett viktigt syfte med den föreslagna lagen om otillbörlig marknadsföring är att skydda allmänheten mot framställningar som är vilseledande. Hit hör i och för sig även vilseledande varukännetecken. Med stöd av generalklausulen kan alltså marknadsrådet vid vite förbjuda användningen av sådana kännetecken, vare sig de åtnjuter varumärkesrättsligt skydd eller inte."

Användningen av vilseledande varumärken förbjuds således både i 35 § VmL och 2 § MFL.[108] I propositionen uttalades härom:[109]

"Detta innebär att ett och samma förfarande kan bli föremål för två fristående vitesförbud på i stort sett samma grunder. Det kan också tänkas att myndigheterna kommer till olika resultat vid prövningen av identiska frågor, så att exempelvis marknadsrådet förbjuder användningen av ett enligt rådets bedömning vilseledande varumärke, trots att domstol vid prövning enligt reglerna i varumärkeslagen har funnit att märket inte kan anses vilseledande."

---

105. Se ovan s 126 ff.
106. Prop 1970: 57 s 65.
107. A a s 89.
108. Se även SOU 1966: 71 s 91 f.
109. Prop 1970: 57 s 89.

Lagstiftaren fann inte detta utgöra någon nackdel.[110] Resultatet blir att den domstol som tillämpar de strängaste bedömningsnormerna får det avgörande ordet. Eftersom 35 § VmL såvitt bekant aldrig tillämpats av någon domstol har det i praktiken blivit 2 § MFL som dragit upp gränsen för vad som är tillåtet respektive otillåtet.

Motsvarande förhållande råder också mellan marknadsföringslagen och firmalagen.[111]

Det kan dock ifrågasättas om inte ett uttalande av marknadsdomstolen i L & M-målet,[112] antyder att domstolen, åtminstone i vissa fall, kan tänka sig att göra skillnad mellan sådana vilseledande framställningar som utgör en del av ett varukännetecken och andra vilseledande framställningar.

Cigarretter av märket L & M såldes i en förpackning vars dekor utgjordes av bilden av ett friskt höstlandskap där två sportigt klädda personer promenerade. KO förde talan om att användningen av förpackningsdekoren stred mot de regler om marknadsföring av tobaksvaror som utbildats i praxis. Marknadsdomstolen konstaterade inledningsvis att domstolen i fyra tidigare avgöranden bedömt användningen av vissa bilder utvisande mänskliga modeller, d v s levande personer, och naturmiljöer som otillbörliga vid marknadsföring av tobaksvaror (MD 1971: 3, Kent, MD 1971: 4, Marlboro, MD 1971: 5, Minden och MD 1972: 1, Prince). Domstolen anförde därefter att även användningen av den aktuella förpackningsdekoren kunde anses otillbörlig, eftersom den bild dekoren utgjordes av hade stora principiella likheter med de tidigare bedömda bilderna. Vidare fastslogs att användningen av mänskliga modeller och miljöer i cigarrettreklam från principiella utgångspunkter i allmänhet måste anses som otillbörlig i MFL:s mening. Enligt domstolen kunde dock undantag från principen hänföra sig till sådana bilder som är utformade på ett hårt stiliserat sätt "eller till varumärken vilka ju enbart fullgör funktionen att skilja en viss förpackning från en annan."

Domstolen angav dock inte närmare i vilken omfattning man eventuellt kunde tänka sig att särbehandla varumärken. Inskränker sig undantaget till den anförda principen att mänskliga modeller och naturliga miljöer ej får användas i tobaksreklam eller

110. A a s 90.
111. Prop 1974: 4 s 171. Ang praxis, se närmare nedan s 416 ff, 433 ff.
112. MD 1973: 6 (= PKF 1973: 5 s 110).

är uttalandet ett tecken på att marknadsdomstolen anser att användningen av varumärken mer generellt skall bedömas annorlunda än andra marknadsföringsåtgärder? Domstolens uttalande tyder på att det förstnämnda är avsett och denna tolkning får stöd inte bara i de ovan anförda förarbetsuttalandena, utan även av att domstolen i andra avgöranden inte har gjort någon skillnad mellan vilseledande varumärken och andra vilseledande framställningar.[113] Det kan också ifrågasättas om domstolen inte egentligen avsåg att uttala, att undantag bara kan hänföra sig till varumärken som i det konkreta fallet enbart fullgör funktionen att skilja en viss förpackning från en annan. Uttalandet får då synnerligen begränsad betydelse, eftersom sådana märken är mycket sällsynta.

Eftersom användningen av varumärken som vilseleder om de kännetecknade varornas egenskaper m m skall bedömas enligt samma grunder som andra vilseledande framställningar, finns det här anledning att något beröra den generella räckvidden av 2 § MFL. Det skulle emellertid föra alltför långt att i detta sammanhang göra en mer inträngande analys av stadgandet, utan här skall endast vissa påpekanden göras.[114] I stort sett är det fråga om en sammanfattning av regler som redan tidigare på spridda ställen omtalats.

Generalklausulen är endast tillämplig på marknadsföringsåtgärder. Härmed avses "åtgärder som syftar till att främja avsättningen av varor eller tjänster".[115] Åtgärder som riktas "bakåt" mot leverantörer, kreditgivare och arbetstagare faller därmed utanför marknadsföringslagens tillämplighetsområde.[116]

2 § MFL förbjuder marknadsföringsåtgärder som strider mot god affärssed eller på annat sätt är otillbörliga mot konsumenter eller näringsidkare. Bedömningen av vad som är otillbörligt skall ligga på det etiska planet medan allmänekonomiska, distributionstekniska och liknande överväganden som inte är av etisk art i princip inte bör inverka på bedömningen.[117] Ekonomiska övervä-

113. Samma åsikt Bernitz, a a s 191.
114. Se om 2 § allmänt, prop 1970: 57 s 63 ff, Bernitz, Svensk och internationell marknadsrätt, s 139 ff, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 104 ff, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 73 ff.
115. Prop 1970: 57 s 64 f. Se även s 88 och prop 1975/76: 34 s 124.
116. Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 69 f.

ganden är dock inte helt betydelselösa. Marknadsföringslagstiftningen får nämligen enligt andra förarbetsuttalanden inte ges en sådan innebörd att den kommer i konflikt med de principer som ligger bakom konkurrensbegränsningslagstiftningen.[118] I förarbetena betonas betydelsen av en samordning mellan lagarna och ett viktigt motiv till att marknadsdomstolen anförtrotts den dömande uppgiften både enligt MFL och KBL är just att säkerställa att en dylik samordning kommer till stånd.

Förarbetena kan ge intrycket att lagstiftaren menat att en etisk bedömning står i något slags motsatsställning till en ekonomisk bedömning. Medan KBL:s inriktning är ekonomisk-politisk skulle generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring ha en etisk-moralisk inriktning. Detta synsätt har blivit kritiserat av Koritz.[119] Mot bakgrund av marknadsföringslagens konsumentpolitiska syfte finner Koritz motivuttalandena om att bedömningen enligt generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring skall vara "främst av etisk art" som överraskande och inkonsekventa samt ägnade att befästa en felaktig bild av marknadslagstiftningens funktion.[120]

Det finns otvivelaktigt en viss motsättning mellan vad som sägs i förarbetena till 1970 års marknadsföringslag om å ena sidan dess konsumentpolitiska huvudsyfte och å andra sidan bedömningens rent etiska inriktning. Denna motsättning framträder än klarare i 1975 års utbyggda marknadsföringslag där generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring visserligen kvarstår oförändrad, men har sidoordnats med generalklausuler om informationsskyldighet och produktsäkerhet som inte givits någon etisk motivering och dessutom underordnats en syftesbestämmelse i 1 § som anger att lagens huvudsyfte är att "främja konsumenternas intressen". Enligt min mening har den etiska karaktären av den bedömning som sker enligt generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring överdrivits i förarbetena. Särskilt i ärenden, där ställningstagandet har

117. Prop 1970: 57 s 63, 88. Uttalandena går tillbaka på vad utredningen om illojal konkurrens yttrade i sitt betänkande i syfte att markera gränsdragningen mellan dess lagförslag och KBL, se SOU 1966: 71 s 48, 177, 249.
118. Prop 1970: 57 s 55 f, 61, 64. Se även Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 88 ff.
119. Konkurrensregleringen konsekvent?, NIR 1974 s 26 ff.
120. A a s 33, 47.

större betydelse för marknadens funktion, måste rimligen hänsyn även tas till såväl samhällsekonomiska som företagsekonomiska överväganden. Att lagstiftaren i realiteten insett detta framgår av vad som i förarbetena nämns om hänsynstagande till konkurrensbegränsningslagstiftningen.

Det sagda får dock inte tolkas så att etiska synpunkter skulle vara mindre viktiga. Däremot bör en etisk bedömning inte sättas i motsatsställning till en ekonomisk, utan dessa båda bedömningsgrunder bör vara sidoordnade. Det väsentliga i kravet på att bedömningen skall vara etisk blir då att en marknadsföringsåtgärd inte är godtagbar redan på den grunden att den är ekonomiskt försvarbar. Vissa åtgärder kan anses otillbörliga t o m om deras förbjudande skulle innebära att konkurrensen begränsas eller att sådana kostnader som kan övervältras på konsumenterna ökar.

Ibland kan det vara svårt att skilja ut de omständigheter som har betydelse från en strikt etisk bedömning från sådana förhållanden av ekonomisk natur som har betydelse vid en bedömning enligt konkurrenslagstiftningen i övrigt eller som ligger bakom den konkurrensideologi som konkurrenslagstiftningen bygger på. Så blir naturligtvis i särskilt hög grad fallet om det inte finns någon enhetlig uppfattning i de berörda kretsarna om vad som är klandervärt. Ett exempel från praxis där problem av denna art uppkom är det nedan behandlade Alcro-målet angående märkesdifferentiering.[121] Det är enligt min mening självklart att den etiska bedömningen av en viss handling påverkas av vilka ekonomiska förhållanden som motiverat den. Med den här förordade tolkningen blir dock denna gränsdragning av mindre betydelse.

Vid avgörandet av vilka handlingar som är otillbörliga skall i första hand hänsyn tas till konsumenternas behov av skydd mot metoder som är vilseledande eller som på annat sätt försvårar för dem att träffa ett rationellt val mellan olika utbjudna varor eller tjänster.[122] Det centrala är kravet på att marknadsföringen skall vara vederhäftig.[123] Otillåtna är först och främst framställningar som är oriktiga. Även en framställning som bara innehåller kor-

121. MD 1977: 22 (= NIR 1978 s 137).
122. Prop 1970: 57 s 63 f.
123. A a s 67, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 115 ff, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 75 ff.

rekta uppgifter är dock otillbörlig om den trots detta ändå ger ett vilseledande intryck, t ex genom att viktiga uppgifter utelämnats.[124] Ingrepp kan således ske mot alla vilseledande framställningar. Motsvarande gäller i tillämpliga delar även för marknadsföringsåtgärder som inte innehåller några framställningar. Sådana åtgärder kan i vissa fall vara otillbörliga även om de inte är vilseledande, t ex genom att de utsätter konsumenten för ett moraliskt tvång.[125]

Ingrepp anses dock bara kunna ske mot sådana framställningar som är ägnade att påverka efterfrågan på en viss vara eller tjänst.[126] Detta utgör således "den undre gränsen" för när ingrepp kan ske. Därav följer att förbud inte skall meddelas mot användningen av oriktiga uppgifter om uppgifterna t ex är så uppenbart oriktiga att de inte är vilseledande eller irrelevanta eller om de endast har bagatellartad betydelse. I praxis synes dock detta förhållande ha haft begränsad betydelse.[127]

En marknadsföringsåtgärd kan vara otillbörlig även om inte några faktiska vilseledanden förekommit. Avgörande är nämligen om det kan förväntas att konsumenterna kan komma att bli vilseledda av åtgärden.[128] Det sagda gäller även om konsumenternas uppfattning skulle vara ologisk.[129] Om det kan visas att många vilseledanden verkligen förekommit tas dock givetvis hänsyn till detta.[130]

Bedömningen av huruvida vilseledanden kan förväntas uppkomma förutsätter ett antagande om egenskaperna hos de personer som kommer i kontakt med marknadsföringsåtgärden. Såvitt gäller åtgärder som riktar sig till allmänheten anses att man skall utgå från en genomsnittskonsument med "normal" fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap.[131] Är det fråga om bedömningen av rättsenligheten hos reklam skall hänsyn vidare tas till att sådan ofta

124. Prop 1970: 57 s 68, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 117 ff, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 75 ff.
125. MD 1974: 15 (= PKF 1974: 7 s 97), De Handikappades Riksförbund.
126. Prop 1970: 57 s 67, 94, SOU 1966: 71 s 96 f, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 117 f, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 77.
127. Se s 301 not 55.
128. Se s 302 not 57.
129. Se t ex MD 1976: 17 (= NIR 1976 s 409), Honungsfallet.
130. Se t ex MD 1974: 11 (= PKF 1974: 5—6 s 111), Multiplex.
131. SOU 1966: 71 s 97, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 113.

läses flyktigt.[132] Särskilt stränga krav skall uppställas för åtgärder som riktar sig till barn eller sjuka vilka antas vara särskilt lättpåverkade.[133] Med tanke på MFL:s konsumentskyddande syfte har i litteraturen[134] anförts att man i tveksamma fall bör anta att konsumenternas fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap är mindre än den normala och därför bedöma marknadsföringen som otillbörlig. Som redan tidigare framgått förefaller marknadsdomstolen uppställa lika stränga krav oavsett om marknadsföringen riktar sig till konsumenter eller näringsidkare.[135]

Även internationellt är den förhärskande regeln att det är möjligt att ingripa med stöd av lagstiftningen mot otillbörlig konkurrens mot kännetecken som vilseleder om de ifrågavarande produkternas art, beskaffenhet, egenskaper m m. I princip görs härvid ingen skillnad mellan vilseledande varukännetecken och andra typer av vilseledande framställningar. Det sagda gäller bland annat den övriga nordiska marknadsföringslagstiftningen. Förbud mot användningen av på sagda sätt vilseledande kännetecken kan således meddelas med stöd av 2 § i den danska markedsføringsloven,[136] 1 och 2 §§ i den finska konsumentskyddslagen, 1 och 2 §§ i den likaså finska lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet[137] samt 1 och 2 §§ och den norska markedsføringsloven.[138]

Enligt 3 § i den tyska UWG kan förbud meddelas mot användningen av uppgifter som är ägnade att vilseleda allmänheten om affärsmässiga förhållanden, särskilt bland annat varors beskaffenhet, ursprung, framställningssätt och prisberäkning.[139] Begreppet

---

132. SOU 1966: 71 s 97, prop 1970: 57 s 68, Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 118 f, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 80. Från praxis bl a MD 1975: 20, Philips färg-TV.
133. Se s 302 not 59.
134. Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 113, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 80 f.
135. Se ovan s 303.
136. Se bl a Krüger-Andersen, a a s 162, 176. Rörande de allmänna bedömningsnormerna enligt 2 §, vilka har stora likheter med de svenska, se a a s 144 ff.
137. Se finska marknadsdomstolen 1980: 3, Konkurssipesien Loppuunmyynti Oy, resp finska prop 1978 nr 114 s 12.
138. Gundersen-Bernitz, a a s 459 f. Från praxis, markedsrådet 1977 nr 8, TOP-FORM. Ang detta avgörande, se närmare nedan s 421 ff. Rörande de allmänna bedömningsnormerna enligt 2 § markedsføringsloven, se Bull-Løchen, a a s 46 ff, Gundersen-Bernitz, a a s 343 f, 353 ff, 363 ff.

uppgift, "Angabe", ges en vidsträckt tolkning och omfattar alla meddelanden, oavsett hur de framställs, som är ägnade att ge mottagarna ett bestämt intryck om ett affärsmässigt förhållande.[140] I vissa situationer kan även förtiganden falla under 3 § UWG.[141] Det råder enighet om att 3 § UWG är tillämplig på användningen av varumärken som vilseleder om andra omständigheter än de kännetecknade varornas kommersiella ursprung[142] och att det härvid inte spelar någon roll huruvida kännetecknet är registrerat eller inte.[143]

Användningen av vilseledande varumärken kan även förbjudas enligt sec 5 i den amerikanska FTC Act enligt vilken "unfair and deceptive acts and practices in commerce" är olagliga. Vid bedömningen av om en framställning är otillbörlig eller vilseledande saknar det i princip betydelse om framställningen består av ett varumärke eller något annat.[144] Däremot kan framställningsslaget få betydelse för påföljdsfrågan. Den normala påföljden då användningen av en viss framställning eller någon annan åtgärd befinns stå i strid med sec 5 FTC Act är förbud mot fortsatt användning av framställningen eller åtgärden. I ett känt avgörande av Supreme Court[145] har dock den omständigheten att ett varumärke utgör ett viktigt tillbehör till en rörelse och kan erhålla rättsligt skydd ansetts tala för, att ett generellt förbud att använda ett vilseledande varumärke inte skall meddelas om samma resultat, d v s att vilseledandet upphör, kan uppnås med hjälp av ett mindre långtgående ingrepp, t ex ett villkorat förbud.

Avgörandet rörde kännetecknet ALPACUNA vilket användes för kläder. Märket ansågs indikera att kläderna tillverkats av tyg vari ingick

139. Stadgandet kommenteras mycket ingående i de stora kommentarerna, se Baumbach-Hefermehl I, § 3 anm 1 ff, Reimer, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, band 2 s 317 ff, Ulmer-Reimer, a a s 364 ff.
140. Baumbach-Hefermehl I, § 3 anm 12, Reimer, a a § 3 anm 6 (s 323 f), Tietgen, a a s 148.
141. Baumbach-Hefermehl I, § 3 anm 48, Reimer, a anm.
142. Baumbach-Hefermehl I, § 3 anm 19, Reimer, a anm, Tietgen, a s, Ulmer-Reimer, a a s 369.
143. Baumbach-Hefermehl, a anm, Ulmer-Reimer, a s.
144. Alexander, a a s 153 f, Millstein, The Federal Trade Commission and the Excision of Trademarks, 55 TMR s 808 (1965), Rosden, a a vol 2 s 18—69 f, Stockell, Federal Trade Commission and Trademarks, 54 TMR s 500 (1964).
145. Jacob Siegel Co v. FTC, 327 US 608, 36 TMR 117 (1946).

material från "alpaca" (= alpacka) och "vicuna" (= vikunja), två djur vars päls används vid tygframställning. I verkligheten bestod dock kläderna av tyg som tillverkats av alpacka, mohair, ylle och bomull men inte av vikunja. Märket bedömdes därför som vilseledande. Det praktiska resultatet av avgörandet blev att känneteckensinnehavaren började använda etiketter med texten "Alpacuna Coat — contains no vicuna" plus en specifikation av tygets beståndsdelar.

Om ett villkorat förbud inte skulle vara tillräckligt för att motverka vilseledandet kan däremot ett totalförbud komma ifråga.[146]

I det följande skall bedömningen i praxis av kännetecken som ifrågasatts vilseleda konsumenterna om andra omständigheter än de kännetecknade varornas kommersiella ursprung analyseras. Analysen omfattar både vilseledande varukännetecken och vilseledande näringskännetecken, bland annat på grund av att relativt få avgöranden rör varukännetecken och att samma bedömningsgrunder torde gälla för båda typerna av kännetecken.

6.2.2.2 Kännetecken som i sig vilseleder om varornas beskaffenhet kvalitet, användningsområde m m

6.2.2.2.1 Ordmärken

Det första, och kanske också det mest kända, av de avgöranden som behandlar i sig vilseledande kännetecken är det redan tidigare berörda Svensk Rättshjälps-avgörandet.[147]

Beteckningen SVENSK RÄTTSHJÄLP användes av en privat juridisk byrå som inte hade något samband med den i offentlig regi bedrivna rättshjälpsverksamheten. Marknadsdomstolen ansåg att de skäl som föranlett förbudet i 45 § rättshjälpslagen för privata byråer att inta ordet "rättshjälp" i sina firmor, nämligen att förhindra att allmänheten förväxlar de privata byråerna med de offentliga rättshjälpsanstalterna, också talade för att firman SVENSK RÄTTSHJÄLP var otillbörlig i nuvarande 2 § MFL:s mening. Det vilseledande intrycket ansågs förstärkt genom tillägget av ordet "Svensk". Att den ifrågavarande firman godkänts för registrering i handelsregistret befanns betydelselöst. Marknadsdomstolen förbjöd därför byråns innehavare att vid marknadsföring

146. Se bl a Continental Wax Corp v. FTC, 330 F2d 475 (1964). Avgörandet behandlas nedan s 425 f.
147. MD 1972: 8 (= NIR 1972 s 460, PKF 1972: 6—7 s 141). Se om avgörandet ovan s 188, 191, 196 f.

av tjänster i juridiska frågor använda firma innehållande namnet SVENSK RÄTTSHJÄLP eller att företa annan liknande handling.

SVENSK RÄTTSHJÄLP måste betecknas som ett flagrant exempel på ett vilseledande kännetecken och målets utgång kan därför inte väcka någon förvåning. Som påpekats av Bernitz[148] kan användningen av ordet rättshjälp inte bara ses som en "vanlig" vilseledande framställning utan även som ett terminologimissbruk.[149]

Kännetecknet SVENSK RÄTTSHJÄLP är åtminstone i första hand inte något varukännetecken utan ett näringskännetecken och det vilseleder inte heller primärt om varornas, eller som i detta fall tjänsternas, beskaffenhet m m, utan istället om vem som är innehavare av verksamheten. Av de i sig vilseledande kännetecknen är detta den vanligaste typen i marknadsdomstolens praxis och de kommer närmare att behandlas i avsnitt 6.2.2.3.

Det första varukännetecken som kommit inför marknadsdomstolens bedömning är EXYNOL MILJÖ.[150]

Kännetecknet EXYNOL MILJÖ användes för ett så kallat kallavfettningsmedel. KO anförde inför marknadsdomstolen att användningen av ordet "miljö" i kännetecknet var vilseledande, eftersom medlet inte var miljövänligt. Marknadsdomstolen anförde i sin motivering bland annat:

> "Även om substantivet miljö i sig är neutralt i den meningen att ordet definierar det som omger någon eller något, måste emellertid ordet miljö i samband med marknadsföring av en viss produkt anses ge en prägel av att varan är påtagligt miljövänlig, särskilt med hänsyn till det innehåll som ordet miljö erhållit i den allmänna debatten under de senaste åren. Beträffande "Exynol Miljö" understryks denna tolkning av det förhållandet att bolaget marknadsför produkten med tillägg såsom "fritt från fosfater" o dyl. Produktnamnet "Exynol Miljö" ger alltså intryck av att medlet ifråga är fördelaktigt från miljövårdssynpunkt medan det av utredningen i ärendet framgår att produkten vid utsläpp i vattendrag ger viss giftverkan på fisk. Användandet av ordet miljö i produktnamnet får följaktligen anses vilseledande och därmed otillbörligt i marknadsföringslagens mening."

148. Marknadsföringslagen och kännetecknesskyddet, NIR 1975 s 188.
149. Se allmänt om terminologimissbruk Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 139 ff, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 107 ff.
150. MD 1974: 12 (PKF 1974: 5—6 s 126).

Till skillnad från kännetecknet SVENSK RÄTTSHJÄLP innehåller EXYNOL MILJÖ inte någon bestämd oriktig uppgift. Marknadsdomstolen har emellertid inte tvekat att lägga avgörande vikt vid de associationer domstolen antagit att kännetecknet givit upphov till bland allmänheten. EXYNOL MILJÖ kan också sägas vara "mindre" vilseledande än SVENSK RÄTTSHJÄLP, eftersom det senare vilseleder om mer centrala omständigheter, nämligen vem som utför tjänsten och tjänstens pris, medan det förstnämnda "endast" antyder något om en följdeffekt av produktens användning, låt vara en inte oviktig sådan.

Intressant är att marknadsdomstolen i sin motivering inte alls berör huruvida kännetecknet EXYNOL MILJÖ är rättsligt skyddat eller inte. Avgörandet bekräftar således de ovan berörda förarbetsuttalandena enligt vilka detta förhållande saknar betydelse.[151]

Det kan noteras att det av marknadsdomstolen meddelade förbudet att använda ordet "miljö" har fått en mycket vid omfattning. Förbundsmeningen har följande lydelse:

"Marknadsdomstolen förbjuder därför bolaget vid vite av etthundratusen kr att vid marknadsföring av kallavfettningsmedel använda beteckning där ordet miljö ingår eller att företa annan liknande handling."

Domstolen synes således ha förbjudit känneteckensinnehavaren att överhuvudtaget använda ordet miljö i en produktbenämning för kallavfettningsmedel. Någon laglig möjlighet att förbjuda användningen av ordet miljö i ett kännetecken för ett miljövänligt medel finns dock inte.

Marknadsdomstolen har vidare förbjudit användningen av firman NEW HAIR AB vid försäljning av ett hårvårdspreparat.[152]

NEW HAIR AB hade marknadsfört preparatet Finnantiscal som påstått ha hårväxtbefrämjande verkan och kunna motverka skallighet. KO yrkade bland annat förbud för bolaget att vid marknadsföringen av Finnantiscal använda firmanamnet NEW HAIR AB, eftersom bolaget inte förmått förebringa någon utredning som styrkte preparatets påstådda effekt på hårväxten. Bolaget invände att firman NEW HAIR AB inte hänfört sig till hårvårdsmedlet Finnantiscal. Marknadsdomstolen uttalade bland annat:

151. Se ovan s 408.
152. MD 1978: 3.

"Även om — såsom bolaget och Glimsjö (= bolagets ägare, min anm) invänt — påtalade firman inte hänför sig till medlet Finnantiscal utan till andra av bolaget marknadsförda hårvårdsprodukter, innebär dock användandet av firman i samband med marknadsföring av Finnantiscal en antydan om att detta medel har en hårväxtbefrämjande verkan. Då sådan verkan av medlet inte visats vara för handen, får användandet av beteckningen "New Hair (Nytt Hår)" i firman anses vilseledande vid marknadsföringen av Finnantiscal och därmed otillbörligt i marknadsföringslagens mening."

Liksom i Svensk Rättshjälp-avgörandet konstaterade domstolen också att det förhållandet att firman godkänts för registrering i aktiebolagsregistret inte utgjorde något hinder mot en prövning av om dess användning vid marknadsföringen av en viss produkt var förenlig med 2 MFL.

I avgörandet gjorde New Hair AB gällande att firman inte hänförde sig till Finnantiscal, utan till andra produkter som bolaget också marknadsförde, bland annat peruker. Det är ju helt klart att firman inte är vilseledande vid marknadsföringen av sådana. Marknadsdomstolen har emellertid endast tagit ställning till om användningen av firman varit vilseledande vid marknadsföringen av just Finnantiscal. Huruvida användningen av ett företags firma är otillbörlig bedöms således särskilt för varje typ av produkt företaget marknadsför. Företaget kan med andra ord inte försvara sig med att den produkt för vilken firman är vilseledande endast svarar för en mycket liten andel av försäljningen. Ett förbud mot fortsatt användning av firman kan dock givetvis bara omfatta firmans användning i samband med marknadsföring av just de produkter för vilka firman bedömts vara vilseledande.

Marknadsdomstolens senaste avgörande inom denna grupp rör beteckningen "SVENSKA RIKSINSAMLINGEN".[153]

Beteckningen SVENSKA RIKSINSAMLINGEN användes tillsammans med orden "Invest-Ringen" som beteckning för ett kedjebrevspel. KO yrkade förbud mot ett flertal åtgärder i samband med marknadsföringen av spelet, däribland mot användningen av beteckningen SVENSKA RIKSINSAMLINGEN. Marknadsdomstolen uttalade bland annat:

"Beteckningen 'Svenska Riksinsamlingen', ..., skapar otvivelaktigt föreställningen om en rikstäckande insamling för ett positivt

153. MD 1979: 25.

ändamål. Eftersom inte är fråga om något dylikt, är beteckningen i fråga vilseledande och otillbörlig."

Ställningstagandet förefaller helt självklart.

Bland KO:s förbudsföreläggande finns ett intressant fall som rör företaget KRONSAFT AB vilket genom användningen av sagda firma försökte kringgå livsmedelslagstiftningen.[154]

Enligt livsmedelslagstiftningen får beteckningen "saft" endast användas för drycker som framställts av naturliga ingredienser. KRONSAFT AB, tidigare Saft- och Konfektfabriken Kronan AB, anbringade trots detta etiketter där firmadominanten KRONSAFT framträdde på ett mycket dominerande sätt på flaskor som inte innehöll saft i livsmedelslagstiftningens mening, eftersom drycken helt framställts med hjälp av kemiskt producerade smakämnen. KO ansåg att förfarandet var otillbörligt och utfärdade ett förbudsföreläggande som bolaget godtog. Enligt föreläggandet förbjöds bolaget att vid marknadsföring av drycker som enligt gällande livsmedelslagstiftning inte får benämnas saft använda en förpackningsdekor som domineras av ordet KRONSAFT.

Det förefaller helt klart att marknadsdomstolen skulle ha intagit samma ståndpunkt som KO om fallet kommit inför dess bedömning. Liksom Svensk Rättshjälps-avgörandet kan ärendet även ses som ett exempel på terminologimissbruk. Ärendet utgör ett ovanligt tydligt exempel på att skyddet mot vilseledande framställningar skulle bli urholkat om särskilda undantag uppställdes för varu- och näringskännetecken.

I de övriga nordiska länderna är rättspraxis rörande kännetecken som i sig vilseleder om varors beskaffenhet, kvalitet, användningsområde m m mer begränsad än i Sverige. Från dansk praxis kan särskilt nämnas ett avgörande rörande varumärket CAMEMBÆGER.[155]

En näringsidkare hade fått ordet CAMEMBÆGER inregistrerat som varumärke för näringsmedel. Innehavaren använde ordet för en dansk mjukost som avsevärt skilde sig från vanlig camembert-ost. Højesteret anförde i sin dom bland annat:

"Efter alt foreliggende må det derhos i overensstemmelse med dommen antages, at det er en nærliggende fare for forveksling, idet

154. KO dnr 3467/73, KO:s tidskrift 1974: 2 s 12.
155. UfR 1963 s 552.

"Camembæger" som følge af det lydmæssige lighed med Camembert, og fordi mange ikke vil være klare over stavemåden for Camembert, i den daglige omsætning let vil kunne opfattes som Camembert. Den måde, på hvilken appellanterne, som i dommen beskrevet, har søgt varen indført på markedet, viser da også, at muligheten for forveksling har stået appellanterne klart, og at de har ønsket at udnytte denne mulighed."

Højesteret ansåg beteckningen CAMEMBÆGER oriktig och uppenbart vilseledande enligt registreringshindret i den äldre danska varumärkeslagens 4 §, 3 p och beteckningens användning ansågs stridande mot konkurrencelovens 1 §, 1 p.

Det förefaller helt klart att varumärkesanvändningen skulle ha ansetts stå i strid med 2 § MFL om den kommit inför marknadsdomstolens bedömning.

Den finska marknadsdomstolens hittillsvarande praxis inskränker sig såvitt mig är bekant till ett avgörande.[156]

I detta förde konsumentombudsmannen talan mot KONKURSSIPESIEN LOPPUUNMYYNTI OY (= Konkursbonas Slutförsäljnings AB) och gjorde gällande att användningen av bolagets firma gav konsumenterna den felaktiga uppfattningen att bolaget utförsålde varor som tillhört konkursbon och att bolagets erbjudanden därför var fördelaktigare än normalt. Marknadsdomstolen intog samma ståndpunkt och förbjöd därför bolaget att använda sitt firmanamn vid marknadsföring av förnödenheter som inte härstammade från konkursbon.

Även det norska markedsrådets praxis på området inskränker sig till ett avgörande vilket rör kännetecknet TOP-FORM.[157]

Under hösten 1975 lanserades i Norge en typ av frukostflingor ingående i Kellogs sortiment under produktnamnet TOP-FORM. Den norske forbrukerombudsmannen gjorde inför markedsrådet gällande att användningen av produktnamnet TOP-FORM stod i strid med 2 § markedsføringsloven, eftersom det gav konsumenterna den oriktiga uppfattningen att produkten gav dem ett tillskott av sådana ämnen som förbättrade deras hälsa eller prestationsförmåga. Markedsrådet fann emellertid inte att kännetecknet gav upphov till någon oriktig uppfattning bland konsumenterna och ogillade därför forbrukerombudsmannens talan.

156. Finska marknadsdomstolen 1980: 3.
157. Markedsrådet 1977: 8.

Enligt markedsrådet gav en av parterna i Top-form-målet ingiven marknadsundersökning ett visst stöd för uppfattningen att orden Top-form i dagligt tal gav associationer till god fysisk form. Däremot ansågs undersökningen inte innehålla något som tydde på att konsumenterna hade uppfattningen att konsumtion av frukostflingorna TOP-FORM medförde bättre form eller ökad prestationsförmåga. Markedsrådet anförde vidare att kännetecknet TOP-FORM bara var ett exempel i en rad av produktbenämningar som antydde en viss kvalitet. Som andra exempel nämndes "Ideal Flattbrød", "Best Majones", "Makaløs Ansjosfilet", "DBS = (Den Beste Sykkel)" och "Opel Rekord". Därefter anfördes:

"Det vil måtte vurderes konkret om slike merkenavn er egnet til å gi forbrukerne uriktige forestillinger om produktenes egenskaper, og en rekke forhold vil komme inn når det skal avgjøres hvor nærliggende assosiasjonen med produktegenskaper måtte være. I sin alminnelighet er det etter Markedsrådets syn likevel ikke særlig tvilsomt at betegnelser av den art som er nevnt, ikke blir oppfattet bokstavelig som opplysninger om bestemte kvaliteter eller egenskaper, og at forbrukerne er på det rene med detta og ikke bibringes noen uriktig forestilling eller forventning ved navnebruken."

Uttalandet kan jämföras med den inställning som den svenska marknadsdomstolen givit uttryck för i Exynol Miljö-fallet. Marknadsdomstolen synes där inte ha hyst några tvivel om att kännetecknet EXYNOL MILJÖ påverkade allmänhetens uppfattning av varan. Jämförelsen tyder på att marknadsdomstolen är klart mer benägen än markedsrådet att anse att användningen av ett visst kännetecken kan ge upphov till vissa föreställningar om varornas egenskaper. Marknadsdomstolens ställningstagande får stöd av den i förväxlingspraxis utvecklade regeln att likhet mellan ordmärkens språkliga betydelse talar för att de anses förväxlingsbara, eftersom även denna regel förutsätter att kännetecknens språkliga innebörd påverkar konsumenternas uppfattningar.

Det råder dock en viss skillnad mellan de av markedsrådet angivna exemplen på kännetecken som rent språkligt anger vissa egenskaper hos de kännetecknade varorna, IDEAL FLATTBRØD, BEST MAJONES, m fl, och EXYNOL MILJÖ. De förstnämnda kännetecknen antyder generellt särskilt positiva egenskaper (ideal, bäst, makalös, bästa, rekord) och framstår därför som

allmänt lovprisande utsagor av det slag som ofta ingår i reklam. Ordet "miljö" däremot antyder inte att preparatet EXYNOL MILJÖ generellt är särskilt bra. Inte heller är användningen av ordet "miljö" i ett kännetecken för kallavfettningsmedel särskilt naturlig. Detta kan medföra att större vikt läggs vid ordet "miljö" än vid de allmänt lovprisande orden. Hur härmed egentligen förhåller sig är dock svårt att veta.

Användningen av kännetecken som vilseleder om de kännetecknade varornas beskaffenhet m m kan i tysk rätt förbjudas med stöd av 1 och 3 §§ UWG.[158] Praxis härom är betydligt mer omfattande än i de nordiska länderna. Liksom i Sverige rör denna praxis främst vilseledande firmor. Även de tyska domstolarna har fäst avgörande vikt vid de associationer allmänheten antas få av ett visst kännetecken. Bland modernare avgöranden finns bland annat två från 1972 som här är av intresse.

Ett av dessa rör användningen av ordet "MEHRWERT" i en detaljhandels firma.[159] Detaljhandelsinnehavaren anförde i målet att ordet mervärde när det ingick i en firma inte uppväckte några särskilda associationer utan bara uppfattades som en överdrift av sådan typ som är vanlig i reklam. Bundesgerichtshof ansåg däremot att användningen av en firma i vilken ordet "Mehrwert" ingick medförde att konsumenterna fick intrycket att firmans priser var lägre än andras, d v s att man fick mer varor för samma summa pengar. Enligt domstolen var användningen av ordet "Mehrwert" i ett firmanamn därför otillåtet om inte firmans prisnivå totalt sett var lägre än konkurrenternas. Eftersom så inte var fallet ansågs användningen av ordet "Mehrwert" i firman strida mot 1 § UWG.

Det andra avgörandet rör användningen av kännetecknet "MILLIONEN TRINKEN..." för kaffe.[160] Den ursprunglige käranden anförde att användningen av kännetecknet medförde att en inte oväsentlig del av allmänheten fick uppfattningen att millioner människor varje dag drack det ifrågavarande kaffet. Kännetecknsinnehavaren genmälde att märket bland allmänheten bara uppfattades som en symbol för ett visst kommersiellt ursprung och att den språkliga innebörden av orden inte hade någon betydelse. Bundesgerichtshof konstaterade att det

158. Baumbach-Hefermehl I, § 3 anm 126, Tietgen, a a s 148, Ulmer-Reimer, a a s 369.
159. GRUR 1973 s 534, med anm av Neubert.
160. GRUR 1973 s 532.

i enskilda fall är möjligt att ord eller uttryck som i mycket stor utsträckning använts som varumärken förlorat sin ursprungliga språkliga betydelse och enbart uppfattades som ett ursprungskännetecken. Så var emellertid inte fallet med kännetecknet "MILLIONEN TRINKEN...". Härtill bidrog bl a att kännetecknet i reklam använts på ett sådant sätt att det var naturligt att det uppfattades i sin språkliga betydelse, t ex i uttrycket "Millionen trinken Lensingkaffee".

I båda dessa avgöranden påstod således känneteckensinnehavarna att deras kännetecken enbart uppfattades som symboler för vissa kommersiella ursprung. Några bevis för sina påståenden synes känneteckensinnehavarna dock inte ha förebragt. Bundesgerichtshof fäste inte heller i något av målen någon vikt vid dem. Tvärtom konstaterades att en beaktansvärd del av befolkningen måste ha blivit vilseledd. Bundesgerichtshof förefaller sålunda på samma sätt som marknadsdomstolen benägen att fästa vikt vid ett kännetecken språkliga betydelse och anse kännetecknet vilseledande om den ifrågavarande produktens egenskaper avviker från vad kännetecknet antyder.

I Millionen trinken-avgörandet betonade känneteckensinnehavaren särskilt att kännetecknet använts i ca 50 år och att det hade blivit mycket välkänt. Därigenom hade enligt innehavaren kännetecknets ursprungliga språkliga betydelse gått förlorad och det uppfattades numera endast som ursprungsangivande. Bundesgerichtshof höll med om att ett kännetecken genom inarbetning ("durchsetzung") kan tänkas förlora sin ursprungliga innebörd och hänvisade till GRUR 1957 s 285, "Erstes Kulmbacher". Huruvida en sådan betydelseomvandling ägt rum måste emellertid avgöras i varje särskilt fall för sig mot bakgrund av hur kännetecknet använts och i det aktuella fallet fann domstolen inget som tydde på att någon betydelseförskjutning ägt rum. Domstolen slog även fast att det förhållandet att det ifrågavarande kännetecknet var mycket välkänt inte i sig innebar att det inte kunde vara vilseledande. Det känneteckensinnehavaren gjorde gällande var således i princip inget annat än att reglerna om "secondary meaning" skulle appliceras på hans märke. Enligt dessa regler kan som bekant ett ord genom att användas som kännetecken erhålla en särskild kännetecknsbetydelse vid sidan om sin vanliga språkliga betydelse. Självfallet gäller detta även ord som är vilseledande.[161] För att ett kän-

netecken helt skall upphöra att vara vilseledande räcker det emellertid inte med att de i kännetecknet ingående orden får en ny betydelse vid sidan av sin gamla, utan det fordras att orden när de används i kännetecknet helt förlorat sin ursprungliga betydelse. Vidare krävs att så många personer endast uppfattar orden i sin nya betydelse att förbud inte kan meddelas för att skydda de övriga. Endast ett relativt litet antal märken torde i så hög grad ha förändrat sin betydelse.

I detta sammanhang är det intressant att konstatera att åtminstone en del av de exempel på kvalitetsangivande kännetecken som det norska markedsrådet räknade upp i Top-form-avgörandet är mycket välkända i Norge. Detsamma gäller i Sverige för kännetecknet OPEL-REKORD. Detta torde numera här enbart uppfattas som en symbol för ett visst ursprung. På grund av denna betydelseomvandling kan kännetecknet inte anses vara likställt med det betydligt mindre använda kännetecknet TOP-FORM i kvalitetsantydande hänseende.

Även i amerikansk rättspraxis finns ett flertal avgöranden angående vilseledande kännetecken.[162] I jämförelse med den oerhört stora mängden fall rörande varumärkesintrång och "palming off" är dock antalet begränsat. Ett ovanligt klart fall rör kännetecknet CONTINENTAL SIX MONTH FLOOR WAX.[163]

FTC hade utfärdat förbud mot användningen av kännetecknet CONTINENTAL SIX MONTH FLOOR WAX, eftersom man funnit att det ifrågavarande golvvaxet inte var verksamt så lång tid som sex månader. Kännetecknsinnehavaren överklagade beslutet till Court of Appeals. Domstolen fann det bevisat att effekterna av en golvvaxning inte varade sex månader och ansåg därför att användningen av kännetecknet var vilseledande.

Vilseledandebedömningen i målet är i sig inte särskilt intresseväckande, eftersom det var fråga om ett ovanligt uppenbart fall av vilseledande kännetecknsanvändning och det torde inte råda något som helst tvivel om att utgången blivit densamma om målet prö-

161. Detta påpekades redan av varumärkes- och firmautredningen, se SOU 1958: 10 s 283.
162. Se härom, Millstein, a a s 805 ff, Stockell, a a s 500 ff.
163. Continental Wax Corp v. FTC, 330 F2d 475 (1964).

vats enligt 2 § MFL. Däremot är det intressant att konstatera att domstolen inte gjorde någon ändring i FTC:s beslut att generellt förbjuda kännetecknensinnehavaren att använda det påtalade kännetecknet för den aktuella varan. Det framgår tydligt av domen att Court of Appeals ansåg kännetecknet så vilseledande att det inte kunde neutraliseras genom användningen av ett tillrättaläggande tillägg.[164]

Ett ytterligare exempel på vilseledande kännetecknensanvändning utgör det ovan omtalade Supreme Court-avgörandet rörande kännetecknet ALPACUNA vilket ansågs vilseledande som kännetecken för tyger som inte innehöll vikunja ("vicuna").[165] Kännetecknet ansågs alltså vilseledande av samma anledning som det tänkta kännetecknet YLLONA i förarbetena till varumärkeslagen ansågs vilseledande för bomullstyger.[166] Den skillnaden råder dock att alpacka och vikunja är betydligt mindre kända än ylle. Målet aktualiserar således i vilken mån ingrepp kan ske mot kännetecken som objektivt sett är vilseledande, men där endast personer med särskilt omfattande kunskaper kan bli vilseledda. Supreme Court synes för sin del inte ha tvekat att bedöma märket som vilseledande. För denna utgång talar också de allmänna överväganden som ligger till grund för marknadsföringslagen.

Vid första anblicken kan det tyckas vara relativt okomplicerat att avgöra vilka kännetecken som är i sig vilseledande. Ovanstående analys visar dock att detta intryck är felaktigt. Anledningen härtill är framför allt att konsumenternas uppfattningar påverkas av en mängd olika faktorer. Genomgången av praxis visar att marknadsdomstolen, i likhet med domstolarna i Tyskland och USA, intagit ståndpunkten att ett ord som enligt sin vanliga språkliga betydelse anger eller antyder en viss egenskap hos en vara gör detta även när ordet ingår i ett kännetecken. Svarar inte varan mot vad kännetecknet anger eller antyder bedöms kännetecknet därför som vilseledande. Undantag torde dock kunna komma ifråga då särskilda omständigheter tyder på att ordet uppfattas på ett annat sätt när det används som kännetecken.

---

164. Jfr ovan s 415 f.
165. Jacob Siegel Co v. FTC, 327 US 608, 36 TMR 117 (1946).
166. SOU 1958: 10 s 281.

6.2.2.2.2 Figurmärken

Marknadsdomstolen har hittills bara i ett avgörande haft att ta ställning till huruvida ett figurmärke varit vilseledande.[167]

Avgörandet rör ett med största sannolikhet oskyddat märke vilket användes som kännetecken för det redan i föregående stycke nämnda kedjebrevspelet "Svenska Riksinsamlingen Invest-Ringen". Märket bestod av tre kronor, dock något annorlunda grupperade än riksvapnets tre kronor, samt texten "Svenska Riksinsamlingen Invest-Ringen" allt inneslutet i en ellipsformad ring. KO yrkade att näringsidkaren skulle förbjudas att använda ett kännetecken som innehöll en officiell statssymbol. Marknadsdomstolen konstaterade att statsvapen och statsemblem enligt lag bara får användas efter vederbörligt tillstånd och att något sådant ej erhållits. Därefter anfördes:

> "Att begagna ifrågavarande inslag (dvs kronorna, min anm) i emblemet måste fördenskull anses strida mot god affärssed och därmed även vara otillbörligt."

Marknadsdomstolen ansåg således att redan det förhållandet att de tre kronorna använts utan tillstånd och därmed i strid med 1 § lagen om skydd för vapen och vissa andra officiella beteckningar medförde att handlingen stred mot 2 § MFL.

Motiveringen i Invest-Ringen-avgörandet medför att det inte ger någon vägledning vid bedömandet av när användningen av ett figurmärke är vilseledande. Olika bildmotiv har emellertid även kommit under marknadsdomstolens bedömning i samband med avgörandet av huruvida en viss förpackningsdekor varit vilseledande. Ett av dessa avgöranden är det redan behandlade L & M-fallet,[168] där marknadsdomstolen ansåg att användningen av en bild föreställande ett promenerande par i ett höstlandskap som dekor på en cigarrettförpackning stod i strid med generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring. Det första och grundläggande avgörandet från marknadsdomstolen rörande bildmotiv på förpackningar är emellertid ett annat, nämligen Rymd-målet.[169]

---

167. MD 1979: 25.
168. MD 1973: 6 (= PKF 1973: 5 s 110). Se om avgörandet ovan s 409 f.
169. MD 1972: 9 (= PKF 1972: 6—7 s 145).

Rymd drinkpulver marknadsfördes i sex olika smaker. På förpackningarna fanns bland annat texten "Rymd apelsin (citron, äpple osv, min anm) drink" samt en iögonenfallande färgbild av den färdiga drycken upphälld i ett glaskärl. Drinkpulvret bestod inte i något fall till mer än 15—20 % av naturliga bär eller frukter. Marknadsdomstolens majoritet ansåg att frukt- och bärbenämningarna tillsammans med färgbilderna på förpackningarnas framsidor medförde att ett inte obetydligt antal konsumenter bibringades uppfattningen att pulvret i väsentlig grad innehöll beståndsdelar av respektive frukt eller bär. Intrycket befanns inte vara tillräckligt neutraliserat av den finstilta, korrekta innehållsförteckningen på förpackningens baksida. Enligt domstolen borde konsumenterna ha kunnat kräva, att det av förpackningsdekoren på ett enkelt och lättfattligt sätt framgick att produkten var syntetisk. Bolagets sätt att utforma dekoren var därför otillbörlig mot konsumenterna. Två av domstolens fem ledamöter var dock skiljaktiga och ansåg inte att förpackningarnas utformning kunde ge konsumenterna intrycket att drinkpulvret var framställt av naturliga produkter.

Av intresse som exempel på vad KO uppfattar som vilseledande är också ett ärende rörande förpackningen för gelédesserten Jell-O.[170]

Jell-O såldes i flera olika fruktsmaker. Varje smak representerades på förpackningarna av en bild på respektive frukt. Desserten framställdes dock helt av syntetiska smakämnen. KO ansåg att de ifrågavarande bilderna samt texten "Jell-O Citron (hallon osv, min anm) med frisk fruktsmak" måste anses ägnade att ge konsumenterna föreställningen att gelédesserten innehöll beståndsdelar från citronfrukter. Producenten utfäste sig att byta ut texten till "Jell-O Citronsmak" (hallonsmak osv) samt att ändra förpackningsdekoren så att det klart framgick att det var fråga om en syntetisk produkt och KO avskrev därför ärendet.[171]

Vid en jämförelse mellan Rymd- och Jell-O-förpackningarna förefaller det sannolikt att den senare i procentuellt betydligt fler fall kunde ge upphov till det felaktiga intrycket att den ifrågavarande produkten var framställd av naturliga smakämnen. Uttrycket "apelsindrink" måste anses mer neutralt än "citron med frisk fruktsmak" och detsamma gäller för en bild föreställande drycken upphälld i en glaskanna jämfört med bilden av en frukt av den aktuella sorten. Det förefaller därför uppenbart att marknadsdom-

170. KO dnr 727/71, KO:s tidskrift 1972: 2 s 14.
171. De här nämnda och andra fall finns omnämnda i Ett fall för KO s 72 ff. Se även bl a KO dnr 1559/74, KO:s tidskrift 1975: 6 s 26.

stolen hade ansett Jell-O-förpackningen otillbörlig om den kommit inför dess prövning.

Mot bakgrund av att både texten och bilden på Rymdförpackningen var relativt neutrala får å andra sidan marknadsdomstolens bedömning i detta mål betecknas som förhållandevis sträng. De delade meningarna inom domstolen ger också intrycket av att det rörde sig om en förpackningsutstyrsel som ligger nära gränsen för det tillåtna.

De anförda fallen visar klart att både marknadsdomstolen och KO anser att även bilder som inte föreställer den ifrågavarande produkten eller delar av denna kan ge upphov till vissa associationer rörande produktens egenskaper. Av föregående stycke har vidare framgått att det vid otillbörlighetsbedömningen saknar betydelse om en vilseledande framställning utgörs av ett kännetecken eller inte. På motsvarande sätt måste det även sakna betydelse om en bild eller figur som förmedlar ett vilseledande intryck är skyddad som varukännetecken eller ej. Slutsatsen blir att de bedömningsnormer som i praxis växt fram för ordmärken mutatis mutandis gäller även för figurmärken.

6.2.2.2.3 Förpackningar

Varors förpackningar ger ofta relativt omfattande information såväl om varornas beskaffenhet, kvalitet och användningsområde m m som om deras storlek. Eftersom förpackningar dessutom kan utgöra varukännetecken kan man förvänta sig att en betydande del av de vilseledande varukännetecknen utgörs av förpackningar. I praktiken har emellertid de flesta vilseledande förpackningar inte något direkt varumärkesrättsligt intresse. Även om en förpackning är varumärkesrättsligt skyddad omfattar ju detta skydd inte sådana rent beskrivande delar av förpackningen som bruksanvisningar, innehållsdeklarationer och avbildningar av själva varan, dvs de delar av förpackningen som främst kan ge upphov till vilseledanden, eftersom dessa inte uppfyller kravet på särskiljningsförmåga, 13 § VmL.

Vilseledande framställningar på eller utformningar av icke-varumärkesskyddade delar av förpackningar följer självfallet samma

regler som andra vilseledande framställningar och utformningar.[172] Marknadsdomstolen har hittills inte avgjort något ärende i vilket det framgått att den ifrågasatt vilseledande förpackningsdelen var varumärkesskyddad. I likhet med vad som gäller för ord- och figurmärken förefaller det emellertid uppenbart att bedömningen av varumärkesskyddade förpackningar inte avviker från den som gäller för oskyddade. Detta ligger helt i linje med de i föregående stycke behandlade L & M- och Rymd-avgörandena i vilka marknadsdomstolen inte fäste något avseende vid huruvida de förpackningar de ifrågavarande figurerna återfanns på var varumärkesskyddade eller ej.[173]

En särskild typ av vilseledande förpackningar är de som är så stora att de ger intryck av att innehålla mer än de i verkligheten gör. Något direkt varumärkesrättsligt intresse har emellertid inte heller möjligheten till ingrepp mot sådana förpackningar, eftersom den storlek ett varumärke används i normalt helt saknar relevans i varumärkesrättsliga frågor. Ett förbud att använda ett varukännetecken i en viss storlek, t ex då en större förpackning än nödvändigt, är ju också betydligt mindre långtgående än de flesta andra förbud att använda ett vilseledande varukännetecken.

Det ledande avgörandet rör en korvförpackning.[174]

Tre Kök sålde varmkorv i förpackningar som var betydligt större än vad som krävdes för att korvarna skulle få plats. Marknadsdomstolen fann att kartongerna klart var ägnade att vilseleda allmänheten om

172. Som exempel från KO:s praxis kan nämnas KO dnr 1425/71, KO:s tidskrift 1972: 1 s 15 där de räkor som var avbildade på förpackningen var av bättre kvalitet än de räkor förpackningen innehöll, KO dnr 2486/71, KO:s tidskrift 1972: 6 s 16 där stekta kycklinglår avbildades på en förpackning som innehöll råa sådana, KO dnr 844/72, KO:s tidskrift 1973: 2 s 19 där dekoren på en pyttipannaförpackning gav intrycket att förpackningen innehöll mindre potatis än som verkligen var fallet, KO dnr 3988/72, KO:s tidskrift 1973: 3 s 27 där en bild på förpackningen antydde en felaktig form på varan, KO dnr 4177/72, KO:s tidskrift 1974: 3 s 21 där en bild av varan antydde en för stor mängd av varan, KO dnr 342/76, KO:s tidskrift 1976: 6 s 4 där på en förpackning för hollandaisesås även lax avbildades och konsumenterna därmed kunde få intrycket att även fisk ingick och KO dnr 76/K 1350 m fl, Konsument-, rätt & ekonomi 1979: 6 s 44, där en bild på en pizzaförpackning ansågs ge en felaktig bild av pizzans beskaffenhet.

173. MD 1973: 6 (= PKF 1973: 5 s 110) resp MD 1972: 9 (PKF 1972: 6—7 s 145).

174. MD 1971: 8 (= PKF 1971: 10 s 124).

innehållets kvantitet och form. Domstolen anförde vidare:

> "Som allmän princip bör enligt marknadsrådets mening gälla att en förpackning inte skall ges större dimensioner än innehållet kräver. ... Om en förpackning av speciella skäl — främst av distributionsteknisk eller förvaringsteknisk natur — måste ges en utformning som avviker från innehållets form, får det anses vara ett berättigat konsumentkrav att det vilseledande intryck som förpackningen under dylika förhållanden kan förmedla motverkas genom att innehållets kvantitet och form på ett tydligt och för konsumenterna lättförståeligt sätt anges på förpackningen."

De uppgifter om innehållet som fanns på den aktuella kartongen ansågs inte uppfylla detta krav.

Den fastslagna principen att en förpackning inte får ges större dimension än innehållet kräver går tillbaka på vad som uttalats i marknadsföringslagens förarbeten.[175] KO accepterar dock att upp till 15 % av en förpackning är tom och resultatet har således i praktiken blivit att förpackningar skall vara fyllda till mer än 85 %.[176] Skulle fyllnadsgraden vara lägre måste innehållets storlek framgå av andra uppgifter, t ex en markering som anger hur stor del av förpackningen som är fylld eller annan tydlig mängdangivelse. Av marknadsdomstolens motivering i Tre Kök-avgörandet framgår att det avgörande är om förpackningens storlek och andra mängdangivelser sammantagna leder till att konsumenterna vilseleds.

---

175. SOU 1966: 71 s 215 f, prop 1970: 57 s 73.
176. Se bl a KO dnr 2654/72, KO:s tidskrift 1973: 4 s 24, KO dnr 966/73, KO:s tidskrift 1974: 1 s 28, Svensson-Stenlund-Ström, a a s 172 f. Rörande KO:s praxis i allmänhet i denna typ av ärenden se bl a KO dnr 2932/72, KO:s tidskrift 1973: 1 s 21 (jordnötsförpackning), KO dnr 1535/72, KO:s tidskrift 1973: 5 s 22 (vetestrőförpackning), KO dnr 3355/72, KO:s tidskrift 1973: 6 s 24 (jordnötsförpackning), KO dnr 3729/72, 2841/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 25 (välling- och jordnötsförpackningar), KO dnr 1343/71, KO:s tidskrift 1975: 4 s 25 (cornflakesförpackning), KO dnr 3944/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 26 (kaffeförpackning), KO dnr 3429/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 27 (tvättmedelsförpackning), KO dnr 2839/72, 2840/72, 3013/73, KO:s tidskrift 1975: 4 s 27 (gröt- och vällingförpackningar m m), KO dnr 2955/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 28 (tvålflingeförpackning), KO dnr 1680/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 28 (skurpulver), KO dnr 1445/73, KO:s tidskrift 1976: 1 s 5 (leksaksförpackning), KO dnr 77/K 3583, Konsument-, rätt & ekonomi 1978: 2 s 35 (frimärksförpackning och KO dnr 78/K 3646, Konsument-, rätt & ekonomi 1979: 3 s 37 (soppförpackning). Se även Ett fall för KO s 66 ff.

KO:s inställning till vilka neutraliseringsåtgärder som fordras belyses av ett par ärenden från hans praxis. I ena ärendet[177] var det fråga om en tvättmedelsförpackning som bestod av en kylbox. Denna var bara fylld till hälften. KO ansåg inte att detta kunde neutraliseras av att det på boxen fanns angivet "Innehåller 68 dl, samma mängd tvättmedel som vanliga Tag-trumman till normalt pris", eftersom sista delen av denna information bara hade något värde för konsumenter som tidigare använt tvättmedlet TAG.

Det andra ärendet rörde en kakmixförpackning som inte var helt fylld.[178] KO accepterade som neutralisering texten "När paketet lämnar fabriken är det välfyllt. Under transporten packas innehållet samman men vikten är densamma. Den färdiga kakan väger 550 g."

Det kan förekomma att varan är så liten att förpackningen för att kunna hanteras måste vara mångdubbelt större än vad som krävs för att rymma den ifrågavarande produkten. Detta gäller t ex förpackningar för växtfröer. Det kan naturligtvis då inte ifrågakomma att kräva att förpackningen skall vara fylld till mer än 85 %. Såvitt gäller just en växtfröförpackning har KO därför ansett att en tydlig text av typen "Räcker till 8 sträckmeter" vara tillräcklig som neutralisation.[179]

Även i andra ärenden har KO gjort undantag från 85 %-regeln.

Här kan nämnas två fall som båda rör skönhetsmedel. I det första[180] var det fråga om ett läppstift vars hölje var sju centimeter långt trots att läppstiftet bara var tre och en halv centimeter. KO avskrev ärendet, eftersom han ansåg att risken för att konsumenterna skulle vilseledas väsentligt hade reducerats genom att de flesta läppstift sedan länge sålts i liknande förpackningar och läppstiftet dessutom som regel demonstrerades för konsumenten före köpet.

Det andra[181] ärendet gällde en parfymförpackning. KO ansåg visserligen att förpackningen i sig var vilseledande men fann ändå inte skäl att ingripa, eftersom det var fråga om en lyxvara som dessutom normalt visades före köpet.

Såvitt gäller sistnämnda ärende kan anmärkas att det synes väl

177. KO dnr 898/71, KO:s tidskrift 1972: 6 s 17.
178. KO dnr 2287/73, KO:s tidskrift 1975: 2 s 20.
179. KO dnr 2204/73 m fl, KO:s tidskrift 1975: 1 s 16.
180. KO dnr 2563/71, KO:s tidskrift 1974: 4 s 19.
181. KO dnr 120/71, KO:s tidskrift 1974: 5 s 17.

puritanskt att underlåta att ingripa av den anledningen att det är fråga om en lyxvara. Underlåtenheten saknar också stöd både i marknadsdomstolens praxis och marknadsföringslagens förarbeten.

Avslutningsvis skall ett KO-ärende noteras som visar att en förpackning kan vara vilseledande även på grund av att den är för liten.[182]

I ärendet var det fråga om en bärkartong av sådan typ som normalt brukar rymma en liter. Den aktuella kartongens volym var dock mindre. KO avskrev ärendet, eftersom företaget utfäste sig att upphöra att använda kartongen.

Både detta ärende och det nyss återgivna rörande läppstiftsförpackningen visar vilken stor betydelse rådande förpackningspraxis har för konsumenternas uppfattning.

6.2.2.3 Näringskännetecken som vilseleder om verksamhetens innehavare eller associationsform

De flesta av marknadsdomstolens avgöranden angående i sig vilseledande kännetecken rör näringskännetecken som vilseleder om verksamhetens innehavare eller associationsform.

I tre av dessa avgöranden är det fråga om näringskännetecken i vilka ordet "bank" ingår.

Det äldsta av dessa avgöranden rörde den i handelsregistret registrerade firman BANKERNAS FASTIGHETER G o M ERIKSSON, vilken innehades av två privatpersoner.[183] KO ansåg att firmabeteckningen var klart vilseledande, eftersom det inte stod någon bank bakom företaget. Marknadsdomstolen anförde följande:

> "I ärendena är ostridigt att någon bank inte står bakom det nu ifrågavarande företaget. Inte heller tillhör företaget något av de i banklagen angivna rättssubjekt som i sin firma får använda ordet bank.
>
> Av förarbetena till marknadsföringslagen framgår att ett utnyttjande i marknadsföringen av annan företagares kännetecken, t ex firmanamn, utgör när det är ägnat att vilseleda konsumenterna om en varas eller tjänsts beskaffenhet eller kommersiella ursprung exem-

182. KO dnr 2307/72, KO:s tidskrift 1973: 1 s 23.
183. MD 1974: 7 (= PKF 1974: 5—6 s 99, NIR 1974 s 327).

pel på en marknadsföringsåtgärd som kan förbjudas med stöd av generalklausulen.

De riktlinjer som här har kommit till uttryck i förarbetena måste enligt marknadsdomstolens mening med särskilt fog vinna tillämpning på ett företag som vid marknadsföring av vara eller tjänst obehörigt utnyttjar en i lagen definierad term i sin firmabeteckning."

Användningen av kännetecknet BANKERNAS FASTIGHETER ansågs därför otillbörlig enligt marknadsföringslagen.

Det andra avgörandet gällde firman MÄKLARBANKEN FÖRMEDLINGSEXPERTER I SAMARBETE AB.[184] Bolaget var en samarbetsorganisation för ett flertal auktoriserade fastighetsmäklare. Någon bank ingick dock inte bland företagets ägare. Marknadsdomstolen tillämpade samma benämningsnorm som i föregående mål och förbjöd bolaget att använda firma innehållande ordet MÄKLARBANKEN.

I det tredje avgörandet var det fråga om firman BYGGBANKEN AB.[185] Bolaget hade till uppgift att bedriva förmedlings- och informationsverksamhet beträffande olika typer av bostäder. Någon bankanknytning hade bolaget inte. Även i detta avgörande anslöt sig marknadsdomstolen till sitt uttalande i Bankernas Fastigheter-målet och man fann följaktligen att användningen av ordet BYGGBANKEN var otillbörlig.

De tre näringskännetecknen kan ses som exempel på terminologimissbruk, eftersom ordet bank i kännetecknen använts i en annan betydelse än den i banklagen fastslagna. Marknadsdomstolens ställningstaganden är inte ägnade att förvåna. Motiveringarna, eller snarare motiveringen eftersom samma används i alla tre avgörandena, är dock något formell. Det finns varken någon diskussion om hur kännetecknen kunde tänkas uppfattas av konsumenterna eller om i vilken mån kännetecknen kunde påverka efterfrågan.

Det kan konstateras att alla de tre näringskännetecknen var registrerade i handels- eller aktiebolagsregistren trots att det i 10 §, 1 st, 3 p FL stadgas att firmor som är ägnade att vilseleda allmänheten ej kan registreras. Innehavaren av kännetecknet MÄKLARBANKEN har därför stämt staten och med stöd av 3 kap, 2 § skadeståndslagen yrkat ersättning för den skada han lidit genom den som han hävdade felaktigt beviljade firmaregistreringen. Stock-

184. MD 1977: 26.
185. MD 1979: 22.

holms tingsrätt biföll skadeståndstalan.[186] Domen har överklagats och målet ligger nu hos Svea Hovrätt.

Det vilseledande användningen av de ifrågavarande tre näringskännetecknen gav upphov till var givetvis att konsumenterna fick uppfattningen att de kännetecknade rörelserna hade anknytning till någon bank. Samma uppfattning ansågs i SparKronan-målet[187] användningen av kännetecknet SPARKRONAN kunna ge upphov till, eftersom det kunde förväxlas med EKKRONAN och SPAREKEN, vilka båda symboliserar företag som innehas av Stockholms Sparbank. En jämförelse mellan de tre bankavgörandena och Sparkronan-målet visar därför tydligt, att det finns situationer där samma vilseledande kan orsakas såväl av användningen av ett i sig vilseledande kännetecken som användningen av ett förväxlingsbart kännetecken.

Till de avgöranden som rör kännetecken som ansetts vilseleda konsumenterna om vem som står bakom verksamheten hör givetvis också det redan omtalade Svensk Rättshjälps-avgörandet.[188] Som framgått ansåg marknadsdomstolen där att användningen av ordet "rättshjälp" i en enskild juridisk byrås firma var vilseledande, eftersom konsumenterna kunde få den felaktiga uppfattningen att det var fråga om en rättshjälpsanstalt. Fallet har stor likhet med de tre bankavgörandena på så sätt att ordet rättshjälp enligt lag bara får användas i advokatbyråers firmor, 51 § rättshjälpslagen. Detta stadgande hade dock bara antagits men ej trätt i kraft vid tidpunkten för marknadsdomstolens beslut.

I ett intressant avgörande från 1979 har marknadsdomstolen tagit ställning till huruvida en enskild persons användning av näringskännetecknet VILLAÄGARNAS FASTIGHETSBYRÅ var förenlig med marknadsföringslagen.[189]

Sveriges Villaägareförbund utnyttjade sin subsidiära talerätt och yrkade hos marknadsdomstolen att näringsidkaren skulle förbjudas att använda kännetecknet VILLAÄGARNAS FASTIGHETSBYRÅ, eftersom kännetecknet vilseledde konsumenterna att tro att byrån hade

186. Stockholms tingsrätt, dom 3.1.1980 nr DT 2.
187. MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410).
188. MD 1972: 8 (= PKF 1972: 6—7 s 141, NIR 1972 s 460). Se om fallet ovan s 188, 191, 196 f, 416 f.
189. MD 1979: 10.

anknytning till förbundet. Marknadsdomstolen ansåg emellertid inte att det i näringskännetecknet ingående ordet "villaägarnas" ofelbart förde tankarna till Villaägareförbundet. Domstolen anförde bl a:

> "En grundläggande betingelse för att vilseledande skulle kunna befaras uppkomma i en situation som den aktuella är enligt marknadsdomstolens mening att själva anknytningsordet har en så påtaglig bindning till visst subjekt att detta nära nog åtnjuter faktisk ensamrätt till ordet. Dylik bindning synes i sin tur förutsätta att ordet ifråga hänför sig till en företeelse av någotsånär avgränsad natur. Vad angår ordet villaägare kan denna förutsättning inte rimligen anses uppfylld. Otvivelaktigt är begreppet villaägare, vilket i vårt land har syftning på en stor mängd människor, av alltför vittgående räckvidd för att i allmän föreställning framstå som exklusivt förknippad med organisationen Sveriges Villaägareförbund."

Marknadsdomstolen ogillade därför förbundets talan.

Som framgår är VILLAÄGARNAS FASTIGHETSBYRÅ, liksom SVENSK RÄTTSHJÄLP, exempel på ett kännetecken som ligger i gränsområdet mellan att vara förväxlingsbart och i sig vilseledande. Marknadsdomstolen ansåg att ordet "villaägare" inte direkt förknippades med Sveriges Villaägareförbund och att näringskännetecknet VILLAÄGARNAS FASTIGHETSBYRÅ därmed varken var förväxlingsbart eller i sig vilseledande. Gentemot ståndpunkten att ordet "villaägare" inte automatiskt leder tankarna till Villaägareförbundet kan inte någon kritik riktas och det kan knappast heller påstås att kännetecknet VILLAÄGARNAS FASTIGHETSBYRÅ direkt förknippas med Villaägareförbundet. Att uppställa kravet att förbundet skall ha nära nog faktisk ensamrätt till ordet "villaägare" för att så skall kunna ske måste dock betecknas som alltför strängt. Det torde t ex räcka med att det i viss utsträckning blir känt att förbundet driver verksamhet under kännetecken som regelbundet innehåller ordet "villaägarnas". Oavsett hur därmed förhåller sig kan emellertid enligt min mening hävdas att kännetecknet VILLAÄGARNAS FASTIGHETSBYRÅ ger upphov till antagandet att någon om än en obestämd sammanslutning av villaägare står bakom byrån, vilket i sin tur lätt leder till uppfattningen att verksamheten inte syftar till att ge någon vinst. Enligt min mening är kännetecknet av denna anledning vilseledande.

Det kan noteras att det under senare tid har blivit allt vanligare

både att olika privata samarbetsorgan och vanliga företag använder kännetecken som kan ge ett visst intryck av att det är fråga om en statlig myndighet. Som exempel kan nämnas SVENSKA FRUKTFRÄMJANDET, SPARFRÄMJANDET och HYGIENBYRÅN.[190] När ett dylikt kännetecken symboliserat ett samarbetsorgan har KO såvitt bekant aldrig agerat. Däremot har KO ingripit när ett vanligt företag använt ett sådant kännetecken.[191]

Beteckningen BOSTADSBYTESCENTRALEN användes som näringskännetecken av ett enskilt företag vars verksamhet bestod i att underlätta byten av bostäder. KO ansåg att firmanamnet medförde risk för att många konsumenter fick uppfattningen att det var fråga om en offentlig institution och att de blandade ihop företagets verksamhet med den kommunala bostadsförmedlingens. Vidare framhölls att den i marknadsföringen använda formuleringen "Bostadsbytescentralen har till uppgift att förmedla förslag på byteslägenheter som överensstämmer med deltagarnas egna önskemål" förstärkte detta intryck. KO utfärdade därför ett förbudsföreläggande för bolaget att använda firmanamnet BOSTADSBYTESCENTRALEN vilket godtogs.

I ett ärende har marknadsdomstolen slagit fast, att användningen av kännetecken som anger felaktig associationsform kan vara otillbörlig enligt marknadsföringslagen.[192]

Avgörandet rör beteckningen DALA BIL AB vilken användes som kännetecken för en enskild firma. Marknadsdomstolen anförde bl a:

> "Ordet aktiebolag förknippas lätt med ekonomisk verksamhet av ganska betydande omfattning och av viss soliditet. Enskild näringsidkares rörelse torde däremot vanligtvis skapa föreställningen om en mer blygsam omfattning hos verksamheten. Westmans förfarande att, fastän han var enskild näringsidkare, i marknadsföringen obehörigen begagna sig av firmabeteckningen aktiebolag får därför anses ha varit ägnat inge konsumenterna en missvisande föreställning om rörelsen. Nyttjandet av firmabeteckningen Dala Bil AB är följaktligen att betrakta som vilseledande och därmed otillbörligt enligt marknadsföringslagen."

Av avgörandet framgår att det är otillbörligt att inta ordet "aktie-

190. För fler exempel se Konsument-, rätt & ekonomi 1980: 2 s 29.
191. KO dnr 3009/75 m fl, KO:s tidskrift 1976: 2 s 11.
192. MD 1978: 22.

bolag" i en enskild rörelses firma. Likaså torde det vara otillbörligt att ge konsumenterna det felaktiga intrycket att ett företag som i verkligheten drivs i form av ett aktiebolag är en enskild firma, eftersom konsumenterna därmed kan luras att tro att företagets innehavare är personligt ansvarig för dess skulder. Ett sådant intryck kan dock inte uppkomma endast genom att det i den fullständiga firman ingående ordet aktiebolag utelämnas, eftersom så normalt sker i alla mindre formella sammanhang.

6.2.2.4 Vilseledande om geografiskt ursprung

Vilseledande om varors geografiska ursprung kan uppkomma på flera olika sätt. Mest flagrant torde vara när produkter oriktigt märks med uttryck av typen "Made in Sweden", men även kännetecknensanvändning kan ge upphov till sådant vilseledande.

Till skillnad från här i Sverige skiljer man i många andra länder mellan ursprungsbeteckningar som mer allmänt hänvisar till ett visst geografiskt ursprung, s k "indications de provenance" eller "Herkunftsangaben", och beteckningar som inte bara hänvisar till ett visst, ofta skarpt avgränsat, geografiskt ursprung, utan som också anger vissa geografiskt betingade egenskaper hos de ifrågavarande produkterna, s k "appellation d'origine" eller "Ursprungsbezeichnungen".[193] Som exempel på beteckningar av det senare slaget kan nämnas "Champagne" och "Cognac".

I marknadsföringslagens förarbeten ägnas oriktiga ursprungsbeteckningar relativt stort utrymme.[194] Anledningen härtill var att den tidigare lagstiftningen på området, 1913 års lag angående förbud mot införsel till riket av varor med oriktig ursprungsbeteckning och 1914 års lag angående förbud i vissa fall mot varors förseende med oriktig ursprungsbeteckning och saluhållande av oriktigt märkta varor, hade utsatts för stark kritik och behövde ändras. Den föreslagna lagstiftningen måste dock stå i överensstämmelse med de konventionsbestämmelser på området som Sverige var och är bundet av. Här märks framför allt art 10, p 1 ParisK och 1891

193. Se för tysk rätt Beier, Der Schutz geographischer Herkunftsangaben in Deutschland, GRUR 1963 s 169 ff, 236 ff och för amerikansk, McCarthy-Devitt, Protection of Geographic Denominations: Domestic and International, 69 TMR s 199 ff (1979).
194. SOU 1966: 71 s 257 ff, prop 1970: 57 s 103 ff, 135 ff.

års Madridöverenskommelse angående undertryckande av oriktiga eller vilseledande ursprungsbeteckningar på handelsvaror. Båda dessa gäller ursprungsbeteckningar i allmänhet. Regler som enbart tar sikte på "appellations d'origine" finns i Lissabonöverenskommelsen från 1958 till vilken Sverige dock inte är ansluten.

Enligt art 10 ParisK skall de bestämmelser som anges i art 9 även tillämpas i fall av direkt eller indirekt användning av en falsk angivelse angående en varas ursprung. Sådana varor skall därför tagas i beslag vid införseln till ett unionsland. Alternativt kan införselförbud meddelas eller beslag ske inom landet. Om den interna lagstiftningen inte möjliggör någon av sagda åtgärder skall i stället, till dess lagstiftningen ändrats, de åtgärder som i jämförliga situationer står till buds för statens egna medborgare vidtagas.

Lydelsen av sistnämnda regel tyder enligt min mening närmast på att unionsländerna är förpliktade att ändra sin lagstiftning i överensstämmelse med art 9. Det råder emellertid enighet om att någon sådan skyldighet inte föreligger.[195]

Under det pågående arbetet på en revision av Pariskonventionen har u-länderna framfört förslag om en förstärkning av skyddet för ursprungsbeteckningar.[196] Enligt förslaget skulle geografiska beteckningar i princip inte få användas i varumärken. En föreskrift härom skulle intas som art 6 octies medan artiklarna 9 och 10 skulle kvarstå oförändrade. Förslaget har mötts med kritik framför allt från USA och det är tveksamt i vilken mån några ändringar kommer att ske. Revisionen av Pariskonventionen skulle enligt planerna ha skett på en diplomatisk konferens i Geneve 4 februari till 4 mars 1980. Revisionsarbetet hann emellertid inte avslutas under denna tid och konferensen skall därför fortsätta någon gång under 1981.[197]

Madridöverenskommelsen är tillämplig på

"(v)arje vara, på vilken finnes anbragt en oriktig eller vilseledande beteckning, varigenom ett av de länder, på vilka denna överenskommelse är tillämplig, eller en plats, belägen inom något av dessa, direkt eller indirekt anges såsom ursprungsland eller ursprungsort".

195. SOU 1958: 10 s 241 not 1, SOU 1966: 71 s 278 f, Bodenhausen, a a s 137, Ladas, a a s 1280 f.
196. Se härom Ds Ju 1979: 13 s 27 ff, McCarthy-Devitt, a a s 203 ff.
197. Industrial Property 1980 s 144 ff.

Sanktionerna är desamma som i Pariskonventionens art 9.

Både Pariskonventionen och Madridöverenskommelsen låter de nationella domstolarna själva avgöra, huruvida ett ord är en ursprungsbeteckning eller om det utvecklat sig till en generisk beteckning.[198] Bedömningen härav kan därför växla från stat till stat.

Till skillnad från art 10 ParisK och Madridöverenskommelsen tar Lissabonöverenskommelsen bara sikte på "appellation d'origine". Överenskommelsen gällde den 1 januari 1980 mellan 13 stater.[199] Enligt överenskommelsen kan "appellations d'origine" registreras hos WIPO:s internationella byrå, art 5 (1). Beteckningen erhåller då skydd i alla de stater som tillträtt överenskommelsen. Domstolarna i dessa kan således inte i en process neka en registrerad beteckning skydd med motivering att den i staten ifråga anses generisk, art 6. Däremot kan varje medlemsstat inom en viss tid från registreringsansökan inlämna en protest och förklara att man ej kommer att skydda den registreringssökta beteckningen, art 5 (3).

I Sverige skyddas ursprungsbeteckningar främst av 2 § MFL. Användningen av en ursprungsbeteckning som enligt marknadsföringslagens generella bedömningsnormer är otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare kan således förbjudas vid vite. Vid överträdelse av ett sådant vitesförbud kan domstol vidare efter vad som finnes skäligt förordna, att vilseledande framställning på vara, förpackning, reklamtryck, affärshandling eller dylikt skall utplånas eller ändras så att den inte längre är vilseledande, 18 § MFL. Om detta syfte inte kan uppnås på annat sätt kan domstolen förordna att egendomen skall förstöras.

Förutsättningarna för meddelande av ett förbud enligt 2 § MFL är dock inte identiska med de förutsättningar för ingrepp som uppställs i Pariskonventionen och Madridöverenskommelsen. För att säkerställa att lagstiftningen uppfyller de krav konventionerna medför, har därför på lagrådets inrådan även intagits en bestämmelse om att regeringen med avseende på främmande stat kan förordna, att beträffande vara som är försedd med oriktig eller vilseledande ursprungsbeteckning genom vilken varan direkt eller indirekt anges vara frambragt eller tillverkad i den främmande sta-

198. Bodenhausen, a a s 139 f, Ladas, a a s 1588 ff.
199. GRUR Int 1980 s 220 f.

ten eller på någon inom denna belägen ort, allmän domstol får föreskriva åtgärd enligt 18 § även i andra fall än som där avses, 20 § MFL. Sådant förordnande har meddelats i 5 § i förordningen om utländska varumärken.

Någon i sig vilseledande ursprungsbeteckning har aldrig kommit inför marknadsdomstolens prövning och såvitt bekant har allmän domstol inte heller vid något tillfälle tillämpat 20 § MFL. Angående möjligheten för varukännetecken att fungera som ursprungsbeteckningar uttalade utredningen om illojal konkurrens, att varukännetecken normalt inte kan anses ge någon anvisning om varans geografiska ursprung.[200] I praktiken är det också mycket vanligt både att svenska varumärken används för i utlandet helt eller delvis tillverkade varor och att utländska varumärken används för svensktillverkade produkter. Som exempel på det sistnämnda kan nämnas varumärkena PIERRE ROBERT för skönhetsmedel och PRINCE för cigarretter. Utredningens yttrande förefaller ändå väl generellt. Varumärken som består av ord ingående i språk som sällan används i Sverige, t ex ett ryskt varumärke för vodka, torde av konsumenterna uppfattas som ett tecken på att det är fråga om en rysk produkt. KO har också i ett redan omnämnt ärende ansett att användningen av kännetecknet EKSTRÖMS för polsktillverkade pianon kunde vilseleda konsumenterna om pianonas geografiska ursprung.[201] Grunden härtill var dock främst att kännetecknet blivit känt för att symbolisera svensktillverkade pianon, inte att det bestod av ett svenskt namn. Det kan vidare nämnas att många s k "appellations d'origine" kan skyddas som kollektivmärken.

Marknadsdomstolen har däremot i två ärenden tagit ställning till om användningen av kännetecken som inte i sig antytt några geografiska ursprung ändå givit felaktiga intryck om dessa. Det ledande avgörandet rör en varumärkesskyddad etikett för honung.[202]

Sveriges Biodlares Riksförbunds Honungsförmedling AB hade under en längre tid använt en speciell etikett på förpackningar med svensk

200. SOU 1966: 71 s 281 f.
201. KO dnr 579/71, KO:s tidskrift 1971: 1 s 20.
202. MD 1976: 17 (= NIR 1976 s 409).

honung. En så gott som identisk etikett började senare användas även för utländsk honung. Skillnaderna bestod endast i att ordet "svensk" på ett ställe utgått och att honungens ursprungsländer angavs med fin stil. Marknadsdomstolen anförde att konsumenterna i allmänhet värderade svensk honung mer positivt än utländsk, att etiketten kommit att förknippas med svensk honung och att dess användning för utländsk sådan därför var vilseledande.

Av beslutet framgår klart att även ett i sig ej vilseledande kännetecken kan ge en oriktig uppfattning om en varas geografiska ursprung. Däremot är det osäkert om vilseledandet om honungens geografiska ursprung ensamt påverkade efterfrågan och därmed medförde att kännetecknensanvändningen var otillbörlig. Marknadsdomstolen konstaterade nämligen att konsumenterna i allmänhet värderar svensk honung mer positivt än utländsk och att detta i kombination med vilseledandet om geografiskt ursprung påverkade efterfrågan. Avgörandet kommer mer ingående att behandlas i nästföljande stycke som generellt behandlar möjligheten till ingrepp mot i sig ej vilseledande kännetecken.

Det andra avgörandet är det redan omnämnda Fiskars-fallet som primärt rörde vilseledande om kommersiellt ursprung[203] Fiskars anförde där att utformningen av den sax bolaget marknadsförde kommit att förknippas med bolaget och att det bland konsumenterna var känt att Fiskars var ett finskt företag. Försäljningen av plagiat som inte var tillverkade i Finland medförde därför vilseledande om geografiskt ursprung. Marknadsdomstolen fann emellertid att saxen inte hade sådan särprägel som fordrades för att den skulle kunna förknippas med något visst kommersiellt ursprung och att försäljningen av plagiatet därför inte heller kunde medföra något vilseledande om geografiskt ursprung.

Ett kännetecken kan givetvis också vilseleda om en svensk varas geografiska ursprung genom att associera till en felaktig plats eller ort inom Sverige och därigenom vara otillbörlig. Sådana situationer faller däremot utanför det konventionsreglerade området och 20 § MFL är inte heller tillämplig.

Här kan nämnas ett avgörande av Näringslivets Opinionsnämnd rörande en öletikett från WEXIÖ BAYERSKA BRYGGERI.[204] Etiketten an-

203. MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243).
204. Ärende 490/62. Ärendet omnämns ganska utförligt i Bernitz-Modig-Mallmén, a a s 204 f.

vändes av en av bryggeriets licenstagare för öl som ej var framställt i Växjö. Nämnden anförde att det geografiska ursprunget för många varor inte torde tillmätas någon betydelse medan det för andra framstår som en garant för att varorna har de förväntade egenskaperna. När det gällde öl ansåg nämnden att många konsumenter — med rätt eller orätt — tillmäter tillverkningsorten betydelse. Användningen av den ifrågavarande etiketten ansågs därför påverka köparnas produktval och bedömdes som stridande mot god affärssed.

Vidare kan nämnas ett fall från KO:s praxis där en anmälare påstod att användningen av beteckningarna MORA KNÄCKE och MORA BRUNGRÄDDAT för bröd som var tillverkat i Filipstad var vilseledande.[205] Tillverkaren invände att bröden bakades enligt recept från Dalarna. KO fann att det visserligen förelåg risk för förväxling om produkternas geografiska ursprung, men att det från konsumentsynpunkt var av ringa intresse att de tillverkats i Värmland, eftersom recepten var från Dalarna.

Eftersom påverkan på efterfrågan och inte vikten från konsumentsynpunkt är avgörande för om en marknadsföringsåtgärd är otillbörlig enligt marknadsföringslagen är det inte omöjligt att marknadsdomstolen funnit användningen av beteckningarna MORA KNÄCKE och MORA BRUNGRÄDDAT stridande mot 2 § MFL. Visserligen har den vikt från konsumentsynpunkt som en viss omständighet objektivt sett har betydelse för i vilken mån omständigheten påverkar efterfrågan. Som näringslivets opinionsnämnd antydde i sitt ovan nämnda beslut påverkas dock efterfrågan även av irrationella preferenser.

6.2.2.5 I sig ej vilseledande varukännetecken

Som nämnts är användningen av framställningar som inte i sig är oriktiga men som ändå ger ett vilseledande intryck otillbörliga enligt 2 § MFL. I enlighet härmed kan förbud meddelas mot användningen av varukännetecken som i sig inte är vilseledande. Ett tydligt exempel är att ingrepp kan ske mot varukännetecken som vilseleder om varors kommersiella ursprung. Kännetecknet SPARKRONAN t ex, antydde i sig inga felaktigheter men var ändå vilseledande, eftersom det kunde förväxlas med kännetecknen EKKRO-

205. KO dnr 79/K2115, Konsument-, rätt & ekonomi 1979: 5 s 35.

NAN och SPAREKEN.[206] Nedan skall först undersökas huruvida fortsatt bruk av ett sedan länge använt kännetecken för varor vars egenskaper har förändrats kan vara otillbörlig och därefter skall tillåtligheten av märkesdifferentiering analyseras.

6.2.2.5.1 Fortsatt bruk av ett sedan länge använt varukännetecken för varor vars egenskaper har förändrats

Marknadsdomstolen har inte uttryckligen fastslagit att fortsatt användning av ett varukännetecken för varor vars egenskaper har förändrats kan strida mot 2 § MFL. Någon tvekan om att sådan känneteckensanvändning kan vara otillbörlig kan dock ändå inte råda. Det ledande avgörandet är det redan i föregående stycke nämnda Honungs-fallet.[207]

Sveriges Biodlares Riksförbunds Honungsförmedling AB hade under ett stort antal år marknadsfört svensk honung i burkar försedda med en viss etikett. Etiketten registrerades 1920 som varumärke och dess utseende hade varit i stort sett oförändrat sedan dess. På etiketten fanns angivet "Äkta svensk honung" men den antydde inte på något annat sätt att honungen var svensk. Bolaget började sedan sälja importerad honung i burkar med så gott som identiska etiketter. Skillnaden bestod endast i att orden "Äkta svensk honung" ersatts med "Äkta honung" och att honungens ursprungsländer angavs med fin stil. Marknadsdomstolen konstaterade att bolaget författningsenligt märkt den importerade honungen med uppgift om var den alstrats, men att denna märkning inte skett på sådant sätt att den varit lätt iakttagbar för konsumenterna. Därför anförde domstolen:

> "När det gäller honung synes enligt marknadsdomstolens mening många konsumenter — med rätt eller orätt — vara benägna att tillmäta fabrikationslandet betydelse. Sålunda torde i allmänhet honung av svenskt fabrikat värderas mera positivt än honung från utlandet. Den av Sveriges Biodlares Riksförbund använda etiketten för svensk honung har enligt vad som upplysts i ärendet använts under lång tid och för många konsumenter kommit att förknippas med svensk honung. Otvivelaktigt är den av KO nu kritiserade etiketten i det närmaste identisk med den av Sveriges Biodlares Riksförbund använda etiketten för svensk honung. För konsumenterna måste det

206. MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410).
207. MD 1976: 17 (= NIR 1976 s 409).

särskilt vid en hastig blick i en köpsituation framstå som svårt att särskilja de bägge etiketterna. Den av KO påtalade etiketten, som använts för importerad honung, måste därför anses ägnad att inge konsumenterna föreställningen att honungen framställts i Sverige. Mot bakgrund av det anförda och vad som ovan berörts beträffande konsumenternas förmodade inställning till svensk honung jämförd med utländsk honung är den påtalade etiketten ägnad att påverka efterfrågan på honungen. Etiketten, anbringad på burkar med honung från utlandet, måste därför anses vilseledande och därmed otillbörlig i marknadsföringslagens mening."

Omständigheterna i Honungs-fallet var ganska speciella. Riksförbundets ursprungliga etikett angav uttryckligen att honungen härstammade från Sverige och det är därför självklart att konsumenterna kom att uppfatta den som en symbol för svenskt ursprung. Det är också uppenbart att den ursprungliga etiketten varit i sig vilseledande om den använts för den importerade honungen. På den påtalade etiketten hade emellertid alla framställningar som skulle ha gjort den i sig vilseledande avlägsnats. Vilseledandet uppkom i stället genom att den påtalade etiketten var så lik den ursprungliga att de vid en hastig blick i en köpsituation var svåra att särskilja. Konsumenterna trodde att det var fråga om samma etikett och därför också att produkterna var identiska. Grunden till vilseledandet var således en förväxling. Eftersom båda kännetecknen innehades av samma näringsidkare blev dock den primära följdeffekten inte vilseledande om kommersiellt ursprung utan i stället vilseledande om geografiskt ursprung.

Omständigheterna i Honungs-målet hade varit mindre speciella om den ursprungliga etiketten inte hade innehållit någon uppgift om att det var fråga om svensk honung och de etiketter som användes för importerad respektive svensk honung, med undantag från påstämplingen om ursprungsländerna, följaktligen varit identiska. Som framgått av avsnittet om varumärkets egenskapsantydande effekt[208] kan det inte råda något tvivel om att etiketten ändå hade kommit att uppfattas som en symbol för svenskt ursprung, trots att den i detta fall inte skulle ha innehållit någon direkt uppgift därom.

208. Se ovan s 72 ff.

Ett ovanligt tydligt exempel på att ett rent fantasimärke kan uppfattas både som ett varumärke och som en symbol för vissa egenskaper utgör ett avgörande av tyska Bundesgerichtshof rörande varumärket NEVADA.[209]

Varumärket NEVADA innehades av en fransk tillverkare av bindningar avsedda för utförsåkningsskidor. De bindningar märket använts för var av en särskild konstruktion. Efter en tid började en tysk licenstagare att använda märket för bindningar av helt annan konstruktion. Bundesgerichtshof ansåg att allmänheten uppfattade NEVADA inte bara som ett varumärke, utan även som ett kännetecken för den särskilda typ av skidbindning märket använts för. Den tyske licenstagarens användning av märket för bindningar av annat slag ansågs därför utgöra bruk av en oriktig uppgift i 3 § UWG:s mening.

Marknadsdomstolen får i Honungs-fallet också sägas ha accepterat att ett varukännetecken kan komma att uppfattas som en symbol för egenskaper som kännetecknet inte i sig antyder. I målet hävdade domstolen dels att den ursprungliga etiketten uppfattades som ett kännetecken för svensk honung, dels att konsumenterna ansåg att svensk honung hade särskilda egenskaper. Detta måste innebära att konsumenterna uppfattade etiketten som en symbol för de egenskaper svensk honung ansågs ha, trots att dessa inte framgick av den ursprungliga etiketten. Det bör även observeras att det enligt domstolen primärt var just vilseledandet om honungens egenskaper som påverkade efterfrågan och som gjorde att användningen av den påtalade etiketten bedömdes som otillbörlig.

I såväl Honungs- som Nevada-angörandena användes identiska eller nästan identiska varumärken samtidigt för produkter med skilda egenskaper. Betydligt vanligare torde emellertid vara att kännetecknsinnehavaren övergår från att använda kännetecknet enbart för varor med vissa egenskaper till att använda det enbart för varor med andra egenskaper. I båda dessa situationer uppkommer vilseledandet på samma sätt. Antalet vilseledanden kan däremot förväntas bli olika. Under en tid omedelbart efter produktändringen blir rimligen antalet vilseledanden störst om kännetecknsinnehavaren övergår till att enbart använda kännetecknet för

209. GRUR 1965 s 676 med anm av Harmsen.

varor med ändrade egenskaper, eftersom alla som köper en sådan vara då riskerar att bli vilseledda. Med tiden kommer emellertid konsumenterna att lära sig att kännetecknet övergått till att symbolisera produkter med andra egenskaper än tidigare. Vilseledandet är således övergående, till skillnad från om samma kännetecken samtidigt används för varor med olika egenskaper. Även om en längre tids parallell användning av samma kännetecken för varor med olika egenskaper därför på sikt kan medföra större nackdelar från konsumentsynpunkt, är det ingen tvekan om att förbud även kan komma ifråga i de fall då innehavaren helt övergår till att använda kännetecknet för förändrade varor. Någon regel med innebörd att vilseledande marknadsföring är tillåten såvida den är tidsbegränsad finns nämligen inte.

Intressant i detta sammanhang är ett amerikanskt avgörande, Royal Baking Powder Co v. FTC.[210]

Royal Baking Powder Co hade under mer än 60 år sålt bakpulver under beteckningen "Dr Price's Cream Baking Powder". Orden DR PRICE'S CREAM var registrerade som varumärke. I bakpulvret ingick renad vinsten (cream of tartar) som en beståndsdel, medan alla andra bakpulver på marknaden i stället innehöll fosfor eller alun. Bolaget hade i sin omfattande annonsering ofta påtalat att renad vinsten var en nyttig beståndsdel, medan fosfor och alun tvärtom var direkt skadliga. Då priset på renad vinsten med tiden blev mycket högt övergick bolaget dock till att använda fosfor i sitt bakpulver. I samband därmed sänktes priset med nästan 50 %. Det nya pulvret såldes i burkar vars etiketter trots mindre ändringar gav samma helhetsintryck som de tidigare. I varumärket DR PRICE'S CREAM gjordes bara den ändringen att ordet CREAM sattes inom citationstecken. Court of Appeals ansåg att förfarandet vilseledde konsumenterna att tro att de köpte bakpulver innehållande renad vinsten fast pulvret i stället innehöll fosfor och att förfarandet därför stod i strid med sec 5 FTC Act.

Till skillnad från i Honungs- och Nevada-fallen övergick således varumärkesinnehavaren här till att enbart använda kännetecknet för förändrade varor. Avgörandet har angetts vara det enda i sitt slag.[211] Av en inom FTC 1979 utarbetad rapport framgår dock att

210. 281 F 744 (1922).
211. Hanak, a a s 330.

det behållit sin aktualitet.[212] Samma princip har också tillämpats i åtminstone ett ytterligare avgörande nämligen Waltham Precision Instruments Co et al v. FTC.[213]

Waltham Watch Co var sedan länge känt som tillverkare av amerikanska klockor. 1956 överlät bolaget sin verksamhet till ett annat bolag som också övertog namnet Waltham Watch Co. Det ursprungliga bolaget upphörde i samband härmed med urtillverkning och bytte namn till Waltham Precisions Instruments Co. Det nya Waltham Watch-bolaget fusionerade därefter med ett tredje bolag, men detta påverkade inte namnet. Sedermera började detta bolag sälja klockor i vilka ingick en del importerade komponenter under varumärket WALTHAM. Court of Appeals fann denna varumärkesanvändning vilseledande.

Det är således helt klart att såväl fortsatt bruk av ett sedan länge använt kännetecken för varor vars egenskaper har förändrats, som parallell användning av samma eller ett endast obetydligt ändrat kännetecken för sådana varor kan vara otillbörlig enligt 2 § MFL. En förutsättning härför är dock givetvis att konsumenterna i det enskilda fallet mer entydigt uppfattar kännetecknet inte bara som ett varukännetecken utan också som en symbol för den egenskap som förändrats. Något vilseledande kan ju annars inte uppkomma och det är marknadsföringens faktiska effekter som är avgörande för bedömningen enligt marknadsföringslagen. Förbud mot fortsatt användning torde därför bara kunna meddelas när det är fråga om mer kända kännetecken.

Däremot torde det inte krävas att konsumenterna har någon närmare uppfattning om de egenskaper kännetecknet uppfattas symbolisera. Det fordrades således inte i Honungs-målet att konsumenterna kände till på vilket sätt utländsk honung avvek från svensk, utan det var tillräckligt att konsumenterna hade uppfattningen att skillnader förelåg. Domstolen anförde att konsumenterna synes

"med rätt eller orätt — vara benägna att tillmäta fabrikationslandet betydelse".

212. Consumer Information Remedies s 244.
213. 327 F2d 427 (1964).

Som jämförelse kan noteras att tyska Bundesgerichtshof i Nevada-målet uttryckligen uttalade att det inte fordrades att allmänheten hade någon närmare föreställning om vilken konstruktion den franska NEVADA-bindningen hade.

Marknadsdomstolens nyss citerade uttalande indikerar också att ett förbud inte förutsätter att vilseledandet rör någon objektivt sett särskilt väsentlig egenskap, utan det är "tillräckligt" att efterfrågan påverkas. Motiveringen i Nevada-målet tyder på att tysk rätt på denna punkt uppställer strängare krav. Bundesgerichtshof betonade där att vilseledandet rörde en tekniskt väsentlig del av skidbindningens konstruktion.

Kravet på vilseledande i det enskilda fallet medför också att känneteckensanvändningen bara kan förbjudas om det inte av andra omständigheter framgår att produkten har förändrats. Förbudet att använda den i Honungs-fallet påtalade etiketten gällde i enlighet med det sagda också bara

"såvida inte på eller i omedelbar anknytning till etiketten tydligt klargörs att fråga inte är om svensk honung".

För det fall känneteckensinnehavaren väljer att informera konsumenterna om varans förändrade egenskaper genom att modifiera sitt kännetecken, uppkommer frågan hur stora ändringar som behöver göras. Något generellt svar på denna fråga kan knappast ges. Normalt behöver dock skillnaderna inte vara lika stora som skillnaderna mellan kännetecken som särskiljer produkter med olika kommersiellt ursprung. Det är ju vanligt att samma näringsidkare använder relativt lika kännetecken för varor med olika egenskaper utan att konsumenterna vilseleds därav. Som exempel kan nämnas de s k varumärkesfamiljerna. Det kan också nämnas att resultatet av Honungs-fallet endast blev att den etikett som används för importerad honung har andra färger än den som används för svensk.

Eftersom de faktiska effekterna av känneteckensanvändningen är avgörande för dess förenlighet med marknadsföringslagen gäller det i detta stycke sagda även om kännetecknet först efter överlåtelse eller licensiering börjar användas för varor med förändrade egenskaper. Konsumenterna vilseleds ju i lika hög grad i båda situationerna. Om en näringsidkare använder ett varukännetecken

som han förvärvat från annan som symbol för varor med andra egenskaper än den tidigare innehavarens, kan detta således vara otillbörligt. Motsvarande gäller om en licenstagare använder det licensierade kännetecknet för varor med andra egenskaper än licensgivarens.[214] Däremot torde som anförts redan det förhållandet att ett varukännetecken efter överlåtelse eller licensiering vilseleder om de kännetecknade varornas kommersiella ursprung inte i sig kunna medföra att känneteckensanvändningen är otillbörlig.[215]

Något avgörande av marknadsdomstolen som rör användningen av ett överlåtet eller licensierat varumärke finns inte. Däremot har KO i det redan berörda ärendet rörande EKSTRÖMS pianon ingripit mot sådan känneteckensanvändning.[216]

Varumärket EKSTRÖM hade under en följd av år använts som kännetecken för svensktillverkade pianon av god kvalitet. Efter innehavarens konkurs förvärvades kännetecknet av en annan näringsidkare som använde det för polsktillverkade pianon av betydligt sämre kvalitet. KO fann att denna användning medförde att konsumenterna kunde vilseledas. Något förvånande ansågs dock detta vilseledande främst gälla pianonas geografiska ursprung, inte deras egenskaper. Sedan innehavaren förbundit sig att inte använda kännetecknet på sådant sätt att vilseledande kunde uppkomma, avskrev KO ärendet.

I tysk rätt är frågeställningen den motsatta. I Nevada-avgörandet konstaterade Bundesgerichtshof att en licenstagares användning av ett kännetecken för varor som på en väsentlig punkt avvek från de produkter licensgivaren samtidigt sålde under samma varumärke stred mot 3 § UWG. Baumbach-Hefermehl synes ta detta avgörande till intäkt för att fortsatt användning av ett varumärke på förändrade produkter kan vara vilseledande även i andra situationer.[217] Sack däremot är mer försiktig och uttalar att det är tänkbart och kanske också önskvärt att 3 § UWG kan tillämpas om en känneteckensinnehavare övergår till att använda sitt kännetecken för förändrade varor, men han tar inte definitivt ställning.[218]

214. Jfr Bernitz, a a s 204 f.
215. Se ovan s 352 ff, 359.
216. KO dnr 579/71, KO:s tidskrift 1971: 1 s 20.
217. I, § 3 anm 126.
218. A a s 448.

Det kan således konstateras att det med stöd av 2 § MFL är möjligt att förbjuda fortsatt bruk av ett sedan länge använt kännetecken för varor vars egenskaper har förändrats i de fall då sådan användning leder till vilseledanden. Vidare kan konstateras att några vilseledanden inte kan uppkomma om det trots varumärkesanvändningen ändå tydligt framgår att varornas egenskaper förändrats. Det vilseledande kännetecknensanvändningen kan ge upphov till kan ofta motverkas genom information om vilka förändringar produkten genomgått. Det kan därför ifrågasättas om inte ett informationsföreläggande enligt 3 § MFL framstår som en mer adekvat påföljd än ett förbud enligt 2 § MFL i de fall ett informationsföreläggande är tillräckligt för att motverka uppkomsten av vilseledanden. Något principiellt hinder mot att använda 3 § MFL i sådana fall synes inte finnas. Det finns emellertid ännu inte något avgörande av marknadsdomstolen där så skett.

6.2.2.5.2 Märkesdifferentiering[219]

Marknadsdomstolen har i det redan på flera ställen nämnda och i pressen mycket omdebatterade Alcro-målet[220] tagit ställning till huruvida märkesdifferentiering[221] är otillbörlig enligt marknadsföringslagen. Avgörandet är inte bara det enda i sitt slag i Sverige, utan även internationellt saknas såvitt jag har kunnat utröna någon direkt motsvarighet.

I Tyskland har märkesdifferentiering, "zweigleisige Vertrieb", främst varit ett konkurrensbegränsningsrättsligt problem.[222] Detta hänger samman med att vertikal prisbildning (bruttoprissättning) tidigare under vissa förutsättningar var tillåten. Att sälja en och samma vara under två olika märken, varav endast det ena var pris-

---

219. Detta avsnitt bygger naturligtvis till stor del på Bernitz-Pehrson, a a s 190 ff. Framställningen har dock på relativt många punkter fördjupats och modifierats.
220. MD 1977: 22 (= NIR 1978 s 137).
221. Ang vad som avses med märkesdifferentiering samt dess för- och nackdelar, se ovan s 91 ff.
222. Se härom särskilt Bergau, Zweigleisige Vertrieb und unlauterer Wettbewerb, Groll, Die wettbewerbs- und rabattrechtliche Beurteilung der Preisspaltung, Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren im deutschen und amerikanischen Recht. Samtliga dessa arbeten behandlar dock rättsläget före 1973 års lagändring.

bundet, uppfattades som ett missbruk av möjligheten till bruttoprissättning. Genom en lagändring 1973 upphörde emellertid möjligheten till prisbindning för alla varor utom böcker och andra förlagsprodukter.

Även i USA har märkesdifferentiering så gott som uteslutande ansetts vara en konkurrensbegränsningsrättslig företeelse. Frågan har aktualiserats i samband med avgörandet av huruvida försäljning av varor av "like grade and quality" under olika märken till skilda priser kan utgöra en otillåten prisdiskriminering enligt Robinson-Patman Act.[223]

Omständigheterna i Alcro-målet var följande:[224]

Alfort & Cronholm hade under en period sålt en och samma fernissa dels för allmänt bruk under märket ALCRO TRÄLACK BLANK, dels speciellt avsedd för båtar under märket ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA. Priset på båtfernissan var emellertid högre än för trälacken, 10: 20 kr respektive 8: 48 kr vid försäljning till detaljister och 19: 40 kr respektive 16: 50 kr (cirkapris) vid försäljning till konsumenter.

KO yrkade med stöd av nuvarande 2 § MFL i första hand förbud för Alfort & Cronholm att vid marknadsföring av en och samma produkt på sätt närmare angavs i hans utveckling av talan använda olika benämningar på produkten, och i andra hand förbud för bolaget att vid marknadsföring av fernissa under beteckningen SKAGERAK BÅTFERNISSA underlåta att upplysa om att samma fernissa även marknadsfördes under benämningen TRÄLACK BLANK eller att företa annan liknande handling. Även yrkandet om upplysningsplikt grundades således på nuvarande 2 § MFL.

Alfort & Cronholm bestred KO:s talan.

Marknadsdomstolens majoritet, 5 ledamöter, lämnade KO:s talan helt utan bifall. Den ansåg att KO:s förstahandsyrkande var så generellt utformat att dess räckvidd sträckte sig långt utöver vad som fordrades för att förhindra ett upprepande av den påtalade handlingen och därför saknade lagstöd. Angående KO:s andrahandsyrkande anförde majoriteten att märkesdifferentiering inte i sig innefattar något vilseledande men att det kan göra det i kombination med andra åtgärder. Rörande den aktuella märkesdifferentieringen uttalade domstolen att om bolaget

> "i en serie av båtvårdsprodukter tillhandahåller en särskild förpackning av fernissa för båtändamål med särskild bruksanvisning och där-

223. Se härom särskilt Rowe, Price Discrimination Under the Robinson-Patman Act.
224. Se om målet Arwidson, Produkt- och märkesdifferentiering, SvJT 1978 s 576 ff, Bernitz-Pehrson, a a s 190 ff.

med ansvarar för att fernissan är avpassad för det speciella användningsområdet skulle det, om priset på båtfernissan vore detsamma som priset på trälacken, knappast kunna hävdas att förfarandet innefattar vilseledande av konsumenterna".

I det aktuella fallet var dock inte priserna lika och frågan blev därför om detta påverkade bedömningen. Majoriteten konstaterade här att prisskillnaden mellan produkterna motiverades av kostnadsskillnader och att syftet med märkesdifferentieringen var att kunna konkurrera på båtfärgsmarknaden. Under dessa omständigheter ansåg majoriteten det inte vilseledande att underlåta att upplysa konsumenterna om att samma fernissa tillhandahölls under annan beteckning för andra ändamål. Majoriteten ansåg inte heller att märkesdifferentieringen försvårade konsumenternas val mellan olika produkter, eftersom de informationsåtgärder som var knutna till båtfernissan medförde att konsumenterna effektivt upplystes om att produkten lämpade sig för båtar.

Minoriteten däremot fann den aktuella märkesdifferentieringen otillbörlig i marknadsföringslagens mening. Efter att ha angett vad man avsåg med begreppet märkesdifferentiering och refererat vissa allmänna förarbetsuttalanden redogjorde minoriteten utförligt för motiven till och omfattningen av märkesdifferentiering i allmänhet. Rörande den aktuella märkesdifferentieringen konstaterade domstolen att den var så utformad att konsumenterna inte bereddes minsta möjlighet att inse att de båda produkterna var helt produktidentiska, något som man ansåg att varje konsument var synnerligen intresserad av att få kännedom om. Trots det sagda biföll minoriteten inte KO:s förstahandsyrkande, eftersom detta, främst med hänsyn till den varumärkesrättsliga regleringen, ansågs ha fått en alltför vittgående räckvidd. Däremot bifölls andrahandsyrkandet.

Som framgår av det relativt utförliga referatet är majoritetens och minoritetens vota mycket olika. Medan majoritetens motivering i huvudsak är kasuistiskt inriktad, har minoritetsmotiveringen en mer principiellt hållen uppläggning. Åtskilligt av vad minoriteten anförde mer generellt om märkesdifferentiering måste dock rimligen uttrycka uppfattningar som i betydande utsträckning delades av majoriteten. Hur härmed närmare förhåller sig framgår emellertid inte. Det sagda medför att det är svårt att dra några säkra slutsatser av målet.

Före Alcro-målet hade i den allmänna debatten viss tvekan uttalats om generalklausulen överhuvud taget kunde tillämpas på märkesdifferentiering. Det framgår dock helt klart av såväl majoritetens som minoritetens motiveringar att några hinder däremot

ej föreligger. Med hänsyn till vad som tidigare i denna avhandling framgått om marknadsföringslagens förhållande till varumärkeslagen skulle också motsatt ställningstagande ha varit ytterst egendomligt, för att inte säga oriktigt.

Majoriteten och minoriteten var uppenbarligen överens om att märkesdifferentiering inte i sig är vilseledande, men att den i kombination med andra åtgärder kan vara det.[225] Till skillnad från majoriteten fann däremot minoriteten att den i Alcro-målet aktuella märkesdifferentieringen var av det vilseledande slaget.

Såväl majoriteten som minoriteten lämnade KO:s förstahandsyrkande, att Alfort & Cronholm skulle förbjudas att vid marknadsföring av en och samma produkt på sätt som skett använda olika beteckningar på produkten, utan bifall. Majoriteten fann att ett så vidsträckt förbud inte kunde lagligen utfärdas enligt marknadsföringslagen, eftersom dess räckvidd skulle sträcka sig långt utöver vad som fordrades för att förhindra ett upprepande av den påtalade marknadsföringen. Sannolikt fann majoriteten yrkandet alltför oprecist och ägnat att fungera som ett mer eller mindre generellt förbud för Alcro att tillämpa märkesdifferentiering. Minoriteten anförde ett annat skäl, nämligen att förbudet skulle bli alltför vittgående med hänsyn främst till den varumärkesrättsliga regleringen. Bakom formuleringen synes ligga åsikten att ett sådant förbud även skulle träffa varumärkesanvändning som enligt minoritetens mening mot bakgrund av de principer som ligger till grund för varumärkeslagen framstår som godtagbar.

Majoritetens ståndpunkt kan kortfattat sammanfattas på följande sätt:

Märkesdifferentiering är inte i sig otillbörlig men kan i kombination med andra åtgärder vara det. Vilka åtgärder som gör märkesdifferentieringen otillbörlig är oklart. Märkesdifferentiering som kombinerats med prisdifferentiering är dock inte otillbörlig om

a. prisdifferensen är motiverad av kostnadsskäl,
b. märkesdifferentieringen är en effektiv och billig konkurrens- och marknadsföringsåtgärd samt

225. Enbart det förhållandet att en och samma vara säljs under olika märken synes inte heller i tysk rätt anses vilseledande, se Baumbach-Hefermehl I, § 3 anm 301, Bergau, a a s 63 ff, Groll, a a s 94, 103 ff. Någon direkt vägledande praxis finns dock inte.

c. det klart framgår vad de olika märkena kan användas till.

Minoriteten har själv sammanfattat sin ståndpunkt på följande sätt:

"Märkesdifferentiering är inte i sig att anse såsom otillbörlig marknadsföring. Att såsom i förevarande fall tillämpa en märkesdifferentiering, där den presumtive köparen inte bereds minsta möjlighet att inse att den ena varan, som utbjuds till ett betydligt högre pris än den andra, är helt produktidentisk med den billigare varan, måste dock anses såsom en vilseledande och därmed otillbörlig marknadsföring."

Enligt min mening kan kritik riktas både mot majoritetens och minoritetens vota. Vilseledandefrågan är uppenbarligen det centrala i alla avgöranden angående otillbörlig marknadsföring. Det är därför förvånande att majoriteten i sin motivering i det närmaste helt undviker att närmare analysera hur märkesdifferentiering uppfattas av konsumenterna.

Alla domstolens ledamöter var uppenbarligen överens om att märkesdifferentiering inte i sig är att betrakta som otillbörlig marknadsföring. Det är ju också helt klart att märkesdifferentiering inte behöver framkalla något vilseledande, bl a eftersom det av andra uppgifter än produktnamnen tydligt kan framgå att det är fråga om identiska produkter. KO gjorde i målet inte heller gällande att märkesdifferentiering borde förbjudas generellt.

Såvitt gäller grundinställningen till märkesdifferentiering anförde majoriteten att märkesdifferentiering inte i sig innefattar något vilseledande men att den i kombination med andra åtgärder kan göra det. I avsnittet om varumärkets egenskapsantydande effekt har emellertid i direkt motsats härtill hävdats, att konsumenterna normalt antar att varor som kännetecknas av olika varumärken eller produktnamn har olika egenskaper. Märkesdifferentiering måste därför enligt min mening sägas i sig innehålla grunden till ett vilseledande. Till skillnad från vad majoriteten hävdade fordras således inte att märkesdifferentiering kompletteras med andra åtgärder för att vilseledande skall kunna uppkomma, utan det krävs i stället viss information till konsumenterna för att märkesdifferentiering inte skall kunna leda till något som helst vilseledande.

Båda de i Alcro-målet aktuella burkarna var märkta med varumärket ALCRO. Det framgick således klart för konsumenterna

att produkterna hade samma kommersiella ursprung. Som minoriteten anförde bereddes däremot konsumenterna inte minsta möjlighet att inse att de båda produkterna tekniskt var helt identiska. Bruksanvisningarna och ändamålsbeskrivningarna var helt olika och några innehållsförteckningar fanns inte. Det är därför uppenbart att konsumenterna måste ha fått uppfattningen att det var fråga om två olika produkter.

Som majoriteten anförde och fäste stor vikt vid medförde märkesdifferentieringen å andra sidan även att konsumenterna erhöll viss information som de inte skulle ha fått om produkten bara sålts under benämningen ALCRO TRÄLACK BLANK, nämligen att den även kunde användas för båtar. Visserligen kan hävdas att konsumenterna kunde ha informerats om detta på trälack-burkarna. Eftersom båtvårdsprodukter normalt säljs under egna märken torde dock denna information ha haft svårt att tränga ut till konsumenterna.

För att en marknadsföringsåtgärd skall vara otillbörlig enligt marknadsföringslagen fordras i princip vidare, att det vilseledande åtgärden medför är av så allvarlig beskaffenhet att efterfrågan på den marknadsförda produkten påverkas. Frågan blir således vilken effekt den i Alcro-målet aktuella märkesdifferentieringen hade på efterfrågan. För att kunna besvara denna fråga måste dock först bestämmas om det är efterfrågan på ALCRO TRÄLACK BLANK i förhållande till ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA som skall påverkas eller om det är dessa båda märkens sammanlagda efterfrågan i förhållande till andra produkter på marknaden som är avgörande.

Det vilseledande märkesdifferentiering typiskt sett kan medföra är, att konsumenterna får den felaktiga uppfattningen att identiska produkter som är märkta med olika kännetecken har skilda egenskaper. Däremot omfattar vilseledandet inte produktens egenskaper i förhållande till andra produkter på marknaden. Detta förhållande talar enligt min mening starkt för att det i första hand är efterfrågeförhållandet mellan de i märkesdifferentieringen ingående märkena som är avgörande. Efterfrågan skall således påverkas i jämförelse med en situation då konsumenterna trots märkesdifferentieringen av någon anledning vet om att de båda benämningarna kännetecknar identiska varor. Av den intagna ståndpunkten följer

att om märkesdifferentieringen inte leder till att konsumenterna felaktigt tror att de ifrågavarande benämningarna symboliserar olika varor så är märkesdifferentieringen inte heller otillbörlig. Någon tvekan härom kan knappast heller råda, eftersom det då inte föreligger något vilseledande. I enlighet härmed var ju också majoriteten och minoriteten i Alcro-målet överens om att märkesdifferentiering inte i sig är otillbörlig.

Det är uppenbart att efterfrågan på ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA var större i den i Alcro-målet föreliggande situationen än den skulle ha varit i jämförelsesituationen. Visserligen torde inte någon efterfrågeskillnad ha förelegat bland de konsumenter som efterfrågade vanlig trälack. Det är inte troligt att en person som avsåg att köpa ALCRO TRÄLACK BLANK skulle ha ändrat sig om han fått veta att samma produkt även såldes under benämningen ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA. Däremot skulle efterfrågan ha påverkats bland de personer som önskade köpa båtfernissa. Rimligen skulle de ha valt att köpa ALCRO TRÄLACK BLANK i stället för ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA om de vetat om att de därigenom erhållit samma produkt till ett lägre pris.

Antag nu att ALCRO TRÄLACK BLANK och ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA, i motsats till vad som var fallet, hade sålts till samma pris. Efterfrågeförhållandet mellan de båda märkena hade då inte påverkats om konsumenterna fått reda på att märkena kännetecknade identiska produkter, eftersom inga konsumenter hade tjänat något på att byta märke.[226]

En märkesdifferentierings effekt på den totala efterfrågan på den produkt som omfattas av differentieringen är dock inte helt utan intresse. Det är helt uppenbart att den sammanlagda efterfrågan på ALCRO TRÄLACK BLANK och ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA var större än om produkten bara sålts under endera märket. I sistnämnda fall skulle ju konsumenterna inte ha känt till produktens alla användningsområden. Som Alfort & Cronholm anförde och majoriteten synes ha accepterat hade det varit omöjligt att konkurrera på båtfärgsmarknaden med produktbenämningen ALCRO TRÄLACK BLANK, eftersom de flesta

226. Se dock även nedan s 458.

konsumenter av båtfernissa torde ha uppfattningen att vanligt trälack inte kan användas för båtar. Likaså brukar konsumenter av vanlig trälack inte söka bland båtfernissor, eftersom sådana vanligen är betydligt dyrare än trälacker. Grunden till sagda efterfrågehöjande effekt var således att konsumenterna genom märkesdifferentieringen korrekt informerades om att lacken kunde användas för två olika ändamål och att den därför kunde säljas på två olika marknader. Detta gjorde den i Alcro-målet aktuella märkesdifferentieringen relativt speciell.

Genom en annan mekanism har märkesdifferentiering en efterfrågehöjande effekt även om de båda märkena varken säljs på olika marknader eller vänder sig till helt olika konsumentkategorier. Antag att en person helt utan märkespreferenser önskar köpa en tvål. Sannolikheten för att han väljer en tvål från näringsidkare X är då statistiskt sett betydligt större om X säljer två av de totalt fem märken som finns på marknaden i stället för ett av fyra (40 % resp 25 %). Märkesdifferentieringen medför även att sannolikheten för att personen skall välja ett visst märke som ej tillhör näringsidkare X sjunker från 25 % till 20 %. Sådan efterfrågehöjande effekt torde som regel all märkesdifferentiering ha, där båda märkena vänder sig till samma konsumentkategori. Inte heller denna effekt är resultatet av något vilseledande utan beror i stället på den extra produktbenämningens existens som sådan på marknaden.

Att konsumenterna felaktigt tror att de produktbenämningar som omfattas av märkesdifferentieringen betecknar olika produkter kan dock ha direkt effekt på den totala efterfrågan. Antag att en konsument blir missnöjd med en av näringsidkare X tvålar och därför önskar köpa en annan tvål. Om konsumenten då råkar köpa en tvål av näringsidkare X andra märke vilseleder märkesdifferentieringen honom på ett sätt som påverkar efterfrågan. Om bägge produktbenämningarna vänder sig till samma konsumentgrupp kan således även en märkesdifferentiering som inte är kombinerad med prisdifferentiering direkt påverka efterfrågan. Denna påverkan torde dock vanligen vara så marginell att det är tveksamt om den har någon relevans för otillbörlighetsbedömningen. Motsatsen kan dock tänkas när det är fråga om produkter med särskilt korta livscykler och/eller samma vara säljs under mer än två olika märken.

Resultatet av ovanstående analys blir således att den i Alcro-målet aktuella märkesdifferentieringen vilseledde konsumenterna på ett sådant sätt att efterfrågan därigenom påverkades och att märkesdifferentieringen därför kan vara otillbörlig. Om ALCRO TRÄLACK BLANK och ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA hade sålts till samma pris hade vilseledandet däremot inte påverkat efterfrågan och märkesdifferentieringen skulle därmed inte heller ha varit otillbörlig enligt marknadsföringslagen. Resultatet av ovanstående analys ligger sannolikt nära minoritetens ståndpunkt.

Därmed är emellertid inte sagt att den i Alcro-målet aktuella märkesdifferentieringen borde ha förbjudits. Som framgår av minoritetens votum måste hänsyn även tas till varumärkeslagens regler, en åsikt som majoriteten med största sannolikhet delade. En utgångspunkt härvid måste rimligen vara, liksom när det gäller marknadsföringslagens förhållande till annan speciallagstiftning, att ett förfarande som enligt varumärkeslagen framstår som normal och förutsatt varumärkesanvändning i regel inte kan bedömas som otillbörlig enligt marknadsföringslagen. Frågan huruvida märkesdifferentiering är normal och förutsatt enligt varumärkeslagen är dock inte lätt att besvara. Märkesdifferentiering berörs inte på något sätt i varumärkeslagens förarbeten. För att märkesdifferentiering skall bedömas som normal eller förutsatt talar dels att varumärkeslagen principiellt utgår från att varumärken endast särskiljer varor efter deras kommersiella ursprung, dels att en näringsidkare kan använda flera olika varumärken. I motsatt riktning talar dock att det i några sammanhang i varumärkeslagen accepterats att ett varumärke kan uppfattas som en symbol för vissa egenskaper. Slutsatsen blir att det varken kan påstås att märkesdifferentiering utgör en enligt varumärkeslagen normal eller förutsatt varumärkesanvändning eller att märkesdifferentiering inte utgör någon sådan varumärkesanvändning.

Redan i inledningen av detta avsnitt antyddes att Alcro-målet i högre grad än något av marknadsdomstolen avgjort fall aktualiserar frågan i vilken mån rent ekonomiska aspekter har betydelse för otillbörlighetsbedömningen. I förarbetena betonas att bedömningen av vad som är otillbörligt skall ligga på det etiska planet, medan ekonomiska överväganden i princip inte bör påverka bedömningen. Dessa uttalanden har redan kritiserats, bl a på grund

av att de mot bakgrund av Alcro-målet framstår som mindre väl genomtänkta.

Den rättsliga betydelsen av de ekonomiska överväganden som låg bakom den i Alcro-målet aktuella märkesdifferentieringen är den punkt på vilken majoritetens respektive minoritetens motiveringar mest skiljer sig.[227] Majoriteten konstaterade inledningsvis att om priset på båtfernissan och trälacken hade varit lika, kunde det knappast ha hävdats att marknadsföringen varit vilseledande. Nu var emellertid så inte fallet och frågan var om detta borde föranleda en annan bedömning. Majoriteten gick här in på Alfort & Cronholms syfte med märkesdifferentieringen, nämligen att i konkurrens med andra fabrikat på marknaden informera konsumenterna om att bolaget sålde fernissa som var lämplig för båtar. Majoriteten fann att märkesdifferentiering, särskilt i ett konkurrensläge som det aktuella där ett företag hade en liten marknadsandel på ett speciellt produktområde, kan vara en mer effektiv och mindre kostnadskrävande konkurrens- och informationsåtgärd än andra tänkbara åtgärder. Prisskillnaden mellan båtfernissan och trälacken ansågs inte heller större än vad som motiverades av de högre kostnaderna för marknadsföring av båtfernissan (högre provningskostnader, högre styckekostnad för emballage och lagring p g a mindre kvantiteter och p g a att försäljningen var koncentrerad till ett par vårmånader). Prissättningen innebar således bara att konsumenterna av båtfernissa fick bära sina särskilda kostnader. Under dessa ekonomiska omständigheter ansågs Alfort & Cronholms marknadsföring inte vilseledande. Med hänsyn till de ekonomiska förhållandena och till att Alfort & Cronholms marknadsföring medförde att konsumenterna av båtfernissa effektivt upplystes om att bolaget saluförde fernissa avsedd för båtar, ansågs marknadsföringen inte heller på ett otillbörligt sätt försvåra konsumenternas produktval. Det förhållandet att Alfort & Cronholms företagsekonomiska motiv till märkesdifferentieringen befanns godtagbara, sedda i kombination med upplysningen att bolaget sålde båtfernissa, medförde alltså att marknadsföringen inte ansågs otillbörlig.

227. Se härom även Arwidson, a a s 576 ff.

Minoriteten å sin sida betonade att frågan om Alfort & Cronholms marknadsföring var otillbörlig låg på det etiska planet och att bedömningen i första hand skulle ske utifrån konsumenternas synpunkt. Man konstaterade att märkesdifferentiering utgör en sådan marknadsföringsmetod som försvårar för konsumenterna att orientera sig på marknaden, och att det måste anses rimligt att de former av märkesdifferentiering som i alltför hög grad försvårar konsumenternas valsituation bedöms som otillbörliga enligt marknadsföringslagen. Minoriteten ansåg att Alfort & Cronholms marknadsföring var av den otillbörliga typen, eftersom en vara som var helt produktidentisk med en annan såldes till ett högre pris, utan att konsumenterna bereddes minsta möjlighet att inse detta. Med denna betoning på en icke-ekonomisk bedömning och på märkesdifferentieringens verkningar för konsumenterna blev för minoriteten Alfort & Cronholms motiv för märkesdifferentieringen mindre intressanta. I den mån märkesdifferentiering bidrar till att en effektivare konkurrens åstadkoms, vilket även konsumenterna har fördel av, synes dock minoriteten villig att låta ekonomiska motiv påverka bedömningen. Några sådana effekter synes emellertid inte minoriteten ha ansett att Alfort & Cronholms marknadsföring medförde.

Majoriteten har således, sedan man konstaterat att märkesdifferentiering i sig inte är vilseledande, gått in på en bedömning av Alfort & Cronholms företagsekonomiska motiv för märkesdifferentieringen. Dess uppfattning synes vara att om de ekonomiska motiv som motiverat märkesdifferentieringen är godtagbara, så är märkesdifferentieringen tillåten. Märkesdifferentieringens konsekvenser för konsumenterna berörs bara såtillvida som man konstaterar, att märkesdifferentieringen medförde att konsumenterna effektivt upplystes om att bolaget tillhandahöll båtfernissa. Av detta torde man emellertid inte få dra slutsatsen att majoriteten ansåg konsekvenserna från konsumentsynpunkt vara av mindre vikt så snart motiven till märkesdifferentieringen är godtagbara. Att konsumenternas problem inte närmare berörts kan bero på att dessa i det aktuella fallet inte uppfattats som särskilt allvarliga. Majoriteten har således i hög grad frångått motivens uttalande att allmänekonomiska överväganden inte bör påverka otillbörlighets-

bedömningen.[228] Minoriteten har däremot direkt tagit avstånd från att fästa vikt vid de ekonomiska övervägandena bakom märkesdifferentieringen och har så gott som enbart sett till dess konsekvenser för konsumenterna med betonande av bedömningens etiska natur.

Det är sålunda två klart skilda betraktelsesätt som möter. Enligt min mening harmonierar det mindre väl med den tolkning marknadsdomstolen i andra typer av ärenden givit 2 § MFL att som majoriteten fästa avgörande vikt vid Alfort & Cronholms företagsekonomiska motiv till märkesdifferentieringen. Därmed är inte sagt att dessa motiv helt saknar betydelse. Som redan framgått bör emellertid utgångspunkten för otillbörlighetsbedömningen vara den minoriteten tagit, nämligen vilka konsekvenser märkesdifferentieringen har för konsumenterna. Notabelt är vidare att varken majoriteten eller minoriteten gått närmare in på vilka samhällsekonomiska konsekvenser märkesdifferentieringen hade, d v s närmast dess betydelse för konkurrensförhållandena på båtfärgsmarknaden respektive den allmänna färgmarknaden. Vid bedömningen enligt 2 § MFL bör även sådana effekter beaktas.

Ett förbud mot den i Alcro-målet aktuella märkesdifferentieringen hade kunnat få ett stort antal olika följder. Bland dessa kan följande nämnas:

1. Alfort & Cronholm slutar att använda benämningen ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA men upplyser konsumenterna om att ALCRO TRÄLACK BLANK även kan användas för båtar. Trälacken säljs till ett pris som ligger någonstans mellan dess och båtfernissans tidigare pris.
2. Alfort & Cronholm slutar att använda benämningen ALCRO TRÄLACK BLANK men påpekar att ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA är utmärkt även för andra ändamål än båtar.
3. Alfort & Cronholm säljer även i fortsättningen både ALCRO TRÄLACK BLANK och ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA men till ett gemensamt pris, vilket ligger någonstans mellan de tidigare priserna på produkterna.

228. Samma Arwidson, a a s 587 f.

4. Alfort & Cronholm slutar att använda benämningen ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA. Bolaget upplyser inte heller konsumenterna om att ALCRO TRÄLACK BLANK kan användas för båtar, eftersom man anser att kostnaderna för denna information överstiger de intäkter båtfärgskonsumenterna kan ge.

Av dessa alternativ torde KO anse nummer 1 och 2 fördelaktigast från konsumentsynpunkt men även alternativ 3 torde ses som en förbättring. Det är emellertid tveksamt om inte alternativ 4 är minst lika sannolikt som något av de andra alternativen. Det torde krävas en ganska stor insats för att få båtägare att inse att man kan använda en vanlig fernissa på sin båt, vilket förutsätts i alternativ 1 och det kan vara omöjligt att höja priset på trälacken, vilket förutsätts i alternativ 3. Att bolaget skulle välja att bara sälja ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA förefaller osannolikt redan på den grunden att efterfrågan på detta märke var avsevärt mindre än efterfrågan på ALCRO TRÄLACK BLANK. Om resultatet av ett förbud skulle ha blivit alternativ 4, synes flera från konsumentsynpunkt negativa effekter ha kunnat uppkomma. Konkurrensen på båtfärgsmarknaden, en typisk högprismarknad där ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA framstod som relativt billig, skulle ha minskat, vilket kunde ha lett till prisstegringar. Även för konsumenterna av vanlig fernissa kunde eventuellt negativa konsekvenser ha uppkommit. Den totala efterfrågan på fernissan torde nämligen ha sjunkit, vilket kunde ha lett till att varje burk blev dyrare att framställa. Däremot skulle konsumenterna av vanlig fernissa inte ha fått några fördelar av ett ingrepp, såvida de inte reflekterade över att köpa dyrare båtfernissa.

Huruvida ett ingrepp mot Alfort & Cronholms märkesdifferentiering skulle ha fått de negativa samhällsekonomiska verkningar som nyss berörts som en hypotetisk möjlighet torde ytterst vara beroende av hur kostsamt det är att få konsumenterna av båtfernissa att bli övertygade om att de kan använda en allroundfernissa till sina båtar. Överhuvud taget torde sådana från samhället som helhet icke önskvärda konsekvenser som här beskrivits främst uppkomma, när det föreligger en diskrepans mellan den nytta konsumenterna tror att de får av en viss produkt och den nytta produk-

ten objektivt ger. Att eliminera sådana diskrepanser är naturligtvis en uppgift för konsumentpolitiken, men detta torde bara kunna ske på lång sikt. Vid tillämpningen av marknadsföringslagen i ett konkret fall är det dock svårt att bortse från de värderingar som faktiskt är rådande vid tidpunkten för avgörandet.

Det förtjänar här att inskjutas att de samhällsekonomiska verkningarna av ett ingrepp mot märkesdifferentiering i andra situationer kan bli betydligt mer omfattande än de här nämnda. Som på annan plats redan omtalats[229] är fusioner och andra företagssammanslagningar en inte ovanlig orsak till uppkomsten av märkesdifferentiering. Ofta resulterar företagssammanslagningarna även i att fördelaktigare företagsstrukturer erhålls och att positiva skaleffekter kan utnyttjas. En förutsättning för att ett samgående skall vara ekonomiskt möjligt kan dock vara, att det nya bolaget genom att märkesdifferentiera kan utnyttja preferenserna för de samgående bolagens samtliga kännetecken. Om märkesdifferentiering på detta sätt är en förutsättning för en fusion, bör enligt min mening fusionens samhällsekonomiska verkningar vägas in vid bedömningen av märkesdifferentieringens effekter. Förbud mot märkesdifferentiering kan också tänkas försvåra möjligheterna för en företagare att på ett samhällsekonomiskt fördelaktigt sätt låta legotillverka en del av sina produkter.

Såväl enligt majoriteten som minoriteten föreligger märkesdifferentiering endast om de varor som omfattas av differentieringen är "identiska eller nästan identiska". I Alcro-målet var fernissan och trälacken ostridigt helt identiska. Alfort & Cronholm gjorde emellertid ändå gällande att ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA och ALCRO TRÄLACK BLANK utgjorde två olika produkter. Företaget hävdade att en viss märkesvara inom många branscher inte har någon en gång för alla given teknisk definition, utan att ändringar sker då och då. Detta betydde att ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA inte var en produkt med en viss närmare definierad kemisk-teknisk sammansättning, utan i stället en produkt som företaget garanterade vara lämplig att användas på visst sätt och för angivet ändamål.

Från tillverkarsynpunkt är detta ett naturligare synsätt. Mark-

229. Se ovan s 94.

nadsdomstolen var emellertid enig om att ALCRO SKAGERAK BÅTFERNISSA och ALCRO TRÄLACK BLANK var identiska. Domstolen ansåg tydligen det avgörande vara hur konsumenten i en köpsituation skulle ha uppfattat varorna om han hade varit fullständigt informerad.

Alcro-målet var i detta hänseende okomplicerat, eftersom fernissan och trälacken tekniskt var helt identiska produkter. När så inte är fallet måste man emellertid avgöra om produkterna är tillräckligt lika för att kunna anses "nästan identiska". Några användbara, tidigare i svensk rätt utbildade, kriterier för bedömningen av vad som är "nästan identiskt" synes inte finnas. Reglerna om varuslagslikhet i varumärkesrätten t ex tillåter alldeles för stora variationer.[230]

Avgörande för om varuidentitet föreligger enligt de tyska reglerna om "zweigleisige Vertrieb" är enligt Bergau och Groll om produkterna tekniskt sett är lika.[231] För vissa typer av varor, t ex möbler, har emellertid även estetiska synpunkter, som exempelvis värderingen av olika träslag, betydelse. Vid avgörandet av om två varor är lika bör hänsyn tas även till sådana aspekter.[232] Jacob-Steinorth intar dock en annan ståndpunkt och hävdar att det är konsumentens subjektiva uppfattning som är avgörande.[233]

Att varorna, frånsett obetydliga dekorativa detaljer och liknande, fysiskt sett är lika fordras också för att de skall anses vara av "like grade and quality" i Robinson-Patman Act:s mening. Om varorna sålts under olika märken som marknadsförts på skilda sätt och konsumenterna därigenom fått uppfattningen att det föreligger någon skillnad mellan dem har däremot ingen betydelse.[234] Förekomsten av skilda produktuppfattningar får dock ändå stor vikt, eftersom prisskillnader som enbart reflekterar konsumenternas märkespreferenser inte anses medföra någon ekonomisk skada.[235]

---

230. Jfr Bergau, a a s 15 f ang "zweigleisige Vertrieb".
231. Bergau, a a s 18 ff, Groll, a a s 50 f.
232. Bergau, a a s 28 ff, Groll, a a s 55 ff.
233. Jacob-Steinorth, a a s 1 not 3, s 4 ff.
234. FTC v. Borden Co, 383 US 637 (1966).
235. Borden Co v. FTC, 381 F2d 175 (1967). Se om de båda Borden-avgörandenna bl a Osgood, The Borden Litigation — Its Impact Upon the Issues of Like Grade and Quality and Competitive Injury Under The Robinson-Patman Act, 59 TMR s 423 ff (1969).

Med hänsyn till marknadsföringslagens generella bedömningsnormer bör likaså enligt denna utgångspunkten för varuidentitetsbedömningen vara, om produkterna tekniskt sett är lika. Även synpunkter av estetisk art bör dock tillmätas betydelse. Svårare att ta ställning till är om det skulle vara fråga om olika varor i en situation där skillnaden endast består i att det ena märket genomgår en kvalitetskontroll. Avgörande torde här vara hur väsentlig denna kvalitetskontroll är. Sammanfattningsvis kan sägas att konsumenternas uppfattning, sådan den får antas vara när den grundar sig på korrekt och fullständig information, i princip bör vara avgörande för varuidentitetsbedömningen. Man bör således ta hänsyn både till objektiva förhållanden, såsom varornas sammansättning, och subjektiva preferenser till den del dessa inte får antas ha sin grund i bristande information.

Sammanfattningsvis kan sägas att det efter Alcro-målet står klart att generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring är tillämplig på märkesdifferentiering. Märkesdifferentiering utgör emellertid inte någon i sig otillbörlig marknadsföringsmetod. Vidare kan konstateras att varumärkeslagstiftningen inte lägger några hinder i vägen för att ingripa mot sådan märkesdifferentiering som genom att vilseleda konsumenterna i beaktansvärd mån påverkar efterfrågan. Motsvarande är som redan tidigare framgått fallet med de internationella konventionerna på varumärkesrättens område.[236]

Det framstår däremot ännu som rätt oklart i vilka konkreta situationer otillbörligt vilseledande kan anses föreligga. Av utgången i Alcro-målet och där anförda motiveringar verkar dock den slutsatsen kunna dras, att förutsättningar för ett ingripande, åtminstone i regel, knappast föreligger när märkena säljs till samma pris. Slutsatsen överensstämmer med resultatet av den analys som här gjorts. Även när märkena inte säljs till samma pris synes marknadsdomstolens majoritet anse märkesdifferentiering tillåten, om denna grundas på sådana ekonomiska motiv som framstår som godtagbara. Detta gäller åtminstone när märkesdifferentieringen inte medför några större nackdelar från konsumentsynpunkt. I detta hänseende är emellertid rättsläget högst tveksamt med hän-

236. Se ovan s 97 ff.

syn till den av minoriteten redovisade uppfattningen. Enligt den här hävdade åsikten bör märkesdifferentiering som kombineras med prisdifferentiering anses otillbörlig om inte tyngre vägande ekonomiska, särskilt samhällsekonomiska, skäl talar däremot.

För att det skall vara fråga om märkesdifferentiering fordras att de inblandade varorna är identiska eller nästan identiska. Det vid produktidentitetsbedömningen viktigaste torde vara om produkterna tekniskt sett är lika. Hänsyn bör emellertid även tas till estetiska synpunkter. Grundläggande för bedömningen synes vara hur en konsument i en köpsituation skulle ha uppfattat varorna om han varit väl informerad. Även i denna fråga är emellertid rättsläget något osäkert, eftersom varorna i Alcro-målet ostridligt var helt produktidentiska.

6.2.2.5.2.1 Märkesdifferentiering enligt 3 § MFL

I Alcro-målet grundade sig även KO:s yrkande om informationsplikt på generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring, eftersom Alfort & Cronholms märkesdifferentiering hade upphört före 1 juli 1976 då generalklausulen om informationsskyldighet, 3 § MFL, trädde i kraft. Enligt detta stadgande kan som redan nämnts marknadsdomstolen ålägga en näringsidkare att vid marknadsföring till konsumenter lämna sådan information som har särskild betydelse från konsumentsynpunkt.

Att närmare fastlägga innebörden av 3 § MFL är svårt. Praxis från marknadsdomstolen är ännu begränsad och något avgörande där 3 § tillämpats på märkesdifferentiering finns inte.[237] Märkesdifferentiering berörs inte heller på något sätt i förarbetena.[238] I jämförelse med förarbetena till nuvarande 2 § MFL är förarbetena till 3 § också generellt mycket allmänt hållna.

Möjligheten att ålägga en näringsidkare att lämna information förutsätter inte att konsumenterna vilseleds. Tvärtom tillkom 3 § MFL till stor del just för att möjliggöra framtvingandet av information även i situationer där något vilseledande inte föreligger.[239]

237. Däremot är två sådana mål anhängiggjorda hos marknadsdomstolen, nämligen mål B 6/78, KO ⁄ Electrolux Svenska Försäljningsaktiebolag och mål B 10/78, KO ⁄ Canadaköket AB.
238. SOU 1974: 23 och prop 1975/76: 34.
239. SOU 1974: 23 s 63 f.

Den enda förutsättning 3 § MFL uppställer för möjligheten att ålägga en näringsidkare att lämna information är att denna skall vara av "särskild betydelse från konsumentsynpunkt". Av ordalydelsen framgår att den eller de förhållanden informationsföreläggandet avser måste ha en viss vikt. Stadgandet tar dock inte bara sikte på de allra tyngst vägande omständigheterna. Departementschefen uttalade härom att avsikten är

"att föreskrifter skall utfärdas så snart ett inte helt obetydligt behov föreligger och inte bara i sådana fall som är särskilt allvarliga".[238]

För att en vilseledande marknadsföringsåtgärd skall kunna förbjudas med stöd av 2 § MFL fordras att åtgärden är av så allvarlig beskaffenhet att den påverkar efterfrågan. Mot bakgrund härav och då 3 § MFL inte förutsätter något vilseledande men däremot att informationen har särskild betydelse från konsumentsynpunkt förefaller det rimligt, att informationsålägganden i allmänhet bara kan omfatta fakta som har sådan vikt att de normalt är ägnade att påverka efterfrågan. Undantag måste dock göras för information som gäller sådana omständigheter som till sin natur kan vara väsentliga utan att påverka efterfrågan, t ex skötselanvisningar.

Det sagda innebär att en näringsidkare i allmänhet inte kan åläggas att lämna information om att samma vara säljs till samma pris också under ett annat namn. Dylik märkesdifferentiering har ju som ovan framhållits vanligen inte så stor betydelse att efterfrågan påverkas. Däremot torde det ofta vara av särskild betydelse för konsumenterna att få reda på att en viss produkt säljs till ett lägre pris under ett annat märke.

Det kan inte råda någon tvekan om att upplysningar om att samma vara också säljs under ett annat kännetecken är av sådan art som omfattas av 3 § MFL. I den exemplifiering av vilken information ett föreläggande kan avse som fanns i reklamutredningens förslag till informationslag, vilket ligger till grund för 3 § MFL, angavs bl a information om varans beskaffenhet samt om tillverkare och säljare. Exemplifieringen måste anses vägledande även enligt

240. Prop 1975/76: 34 s 126.

3 § MFL, trots att den inte kommit att inflyta i lagtexten.[241]

Givetvis är det synnerligen viktigt att den ålagda informationen om varuidentitet verkligen är korrekt. Om varorna inte är helt identiska bör detta därför framgå av informationen.

Ett åläggande att lämna information om att en viss vara också säljs under ett annat märke kan inte annat än möjligen i vissa undantagsfall innebära något ingrepp i varumärkesrätten. Undantagen skulle hänföra sig till de situationer då varorna p g a att de distribueras genom skilda kanaler inte kan sägas ha samma kommersiella ursprung. Med den vidsträckta tolkning begreppet kommersiellt ursprung ovan givits[242] torde dock sådana situationer vara ytterst sällsynta. I de flesta dylika fall torde det överhuvudtaget inte vara fråga om märkesdifferentiering.[243]

I de fall, där märkesdifferentiering syftar till att maskera att det är fråga om en och samma vara, kan ett informationsåläggande få ungefär samma effekt från ekonomisk synpunkt som ett direkt förbud mot märkesdifferentieringen. Detta påpekade också Alfort & Cronholm i Alcro-målet. Uttalandet i förarbetena till generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring att marknadsföringslagen inte får ges en sådan innebörd att den kommer i konflikt med de värderingar som ligger bakom konkurrensbegränsningslagen måste anses tillämpligt även i fråga om det nya stadgandet om informationsskyldighet, eftersom samma sakskäl här gör sig gällande. Det förefaller dock knappast rimligt att hävda att konkurrensen bäst skulle gynnas av att konsumenterna är oinformerade. De former av konkurrens som konkurrensbegränsningslagstiftningen vill främja är pris- och annan prestationskonkurrens till skillnad från suggestionskonkurrens.[244]

Sammanfattningsvis gäller således att en näringsidkare normalt kan åläggas att informera konsumenterna om att samma vara säljs till ett lägre pris under ett annat märke. Något informationsföreläggande torde däremot vanligen inte kunna meddelas när de i märkesdifferentieringen ingående märkena säljs till samma pris.

---

241. Samma Bernitz, Svensk marknadsrätt s 100 f. Se även Svensson-Stenlund-Ström, a a s 205 ff.
242. Se ovan s 319 f, 348 f.
243. Se ovan s 91 ff.
244. SOU 1978: 9 s 70, 202.

Det sagda skiljer sig avsevärt från vad marknadsdomstolens tidigare ordförande Westerlind har uttalat.[245] Enligt denne följer av Alcro-domen att en näringsidkare inte kan åläggas att informera konsumenterna om att samma vara marknadsförs under olika märken. Enligt min mening kan dock detta inte vara riktigt, eftersom de förutsättningar som uppställs för meddelandet av ett informationsföreläggande är helt andra än de förutsättningar som uppställs för meddelandet av ett förbud enligt 2 § MFL.

6.3 Hävning av registrering av degenererade varumärken

I motsats till KO/Konsumentverket handlägger amerikanska Federal Trade Commission inte bara marknadsföringsfrågor utan även vissa konkurrensbegränsningsfrågor. Konkurrensbegränsningsaspekter får härigenom lätt stor betydelse hos Federal Trade Commission även vid handläggningen av ärenden som framför allt rör marknadsföring. På varumärkesområdet har detta bl a kommit till uttryck i att FTC på senare tid ägnat relativt stor uppmärksamhet åt möjligheten att häva registreringarna av degenererade varumärken.[1] Enligt sec 14 Lanham Act har FTC tillsammans med berörda näringsidkare uttryckligen givits befogenhet att föra talan om hävning av sådana märken.

I en rapport som utarbetats inom FTC har uttalats[2] att hävning av degenererade varumärken från konsumentsynpunkt har den fördelen att kommunikationen mellan näringsidkare och konsumenter underlättas, genom att efter hävningen det ord som anger den ifrågavarande produktens art kan användas av alla näringsidkare som marknadsför sådana produkter. Innan ordet "termos" förklarades degenererat kunde det bara användas av innehavaren av varumärket TERMOS, medan alla andra tillverkare av termosflaskor var tvungna att benämna sina varor "värmebevarande kärl" eller dylikt. Det kunde då vara svårt för näringsidkarna att förklara att

245. Tio års praxis i marknadsdomstolen — erfarenheter och värderingar, SvJT 1980 s 416.

1. Se härom särskilt Dixon, Trademarks, The Federal Trade Commission and The Lanham Act, 68 TMR s 463 ff (1978).

2. Consumer Information Remedies s 236 ff.

det i verkligheten var fråga om samma typ av produkt. Möjligheten för konkurrerande näringsidkare att använda det degenererade varumärket medför även att alla varor av det ifrågavarande slaget uppfattas som mer substituerbara. Härigenom skärps konkurrensen.

En nackdel är dock att en del konsumenter, särskilt i början, kan komma att vilseledas genom att de tror att det varumärke vars registrering hävts fortfarande bara kännetecknar produkter med ett visst kommersiellt ursprung och kanske också vissa specifika egenskaper.[3]

Enligt 25 och 26 §§ VmL har allmän åklagare i Sverige motsvarande möjlighet som FTC att föra talan om hävning av registreringen av ett degenererat varumärke. Denna möjlighet har dock såvitt bekant aldrig utnyttjats. Enligt min mening kan inte någon kritik riktas häremot. Det torde inte råda något tvivel om att antalet märken som degenererats men som ändå fortfarande är registrerade är litet. I den svenska debatten har heller inte framförts att förekomsten av degenererade märken skulle vara något konsumentproblem.

3. A a s 238 f.

Trademarks From the Consumer's Point of View

Summary

The short introductory chapter presents the aim of this study, which is to analyze those rules in the law of trademarks which are most important from the consumers' point of view.

In chapter 2 the funktion of trademarks and the effects of their use are dealt with. The objective is to establish which rules in the law of trademarks that are the most important from the consumers' point of view. The conclusion is that the trademarks' basic function for the consumers is to enable them to

1. identify and distinguish between different products and services on the market and
2. identify and associate certain product information with the products or services about which the information is intended.

Thus, from the consumers' point of view, is is important that

1. trademarks which are confusingly similar may not be used and
2. that trademarks, irrespective of their format, can be protected.

Almost all trademarks indicate something about the products and services for which they are used. Irrespective of the design of the trademark most consumers think that a product which is symbolised by one trademark has in some way other qualities than products which are symbolised by other trademarks. It is also usual that a trademark is understood as a guarantee that certain qualities of the product have been unchanged. Many trademarks are given such a design that they give rise to associations with more specific

qualities. The conclusion is that there are many different ways in which a trademark can be used to deceive the consumers, and it is important to be able to enjoin trademark owners from missuring their trademarks in such ways.

The fact that many consumers think that products which are symbolised by one trademark differ in quality from products which are symbolised by other trademarks has caused critisism of the trademark system. It has been suggested that traders shall be allowed to use only one trademark, that only traders who manufacture products should be allowed to use trademarks, or that the present trademark system should be abandoned completely and replaced with a system in which products are symbolised only according to their qualities. According to the author, however, none of these suggestions is preferable for the consumers and, besides, all three are contrary to the obligations that follow from the Paris Convention for the Protection of Industrial Property.

The use of trademarks has many other economic effects. Because the consumers often overestimate the difference between products which are symbolised by different trademarks, the use of trademarks can increase trademark owners' degree of monopoly power, leading to higher prices. On the other hand, the use of trademarks decreases the consumers' expense of becoming informed and of seeking out that which is desired and facilitates the consumers' survey of the supply of goods. This usually leads to a greater cost-conciousness. Additionally, the use of trademarks stimulates the development of new products.

Chapter 3 is aimed at answering the question as to whether or not all symbols which function as trademarks are protected. Thus, the chapter deals with the rules concerning acquisition of trademark rights and with the stipulations about which trademark formats can be protected. Under the Swedish Trademark Act trademark protection can be acquired either through registration, or through such extensive use of a trademark or trade symbol that it has been established on the market. Registration is only possible of marks which consists of devices, words, letters, or numerals, or a get-up of the goods and their packaging. A general precondition is that the trademark be distinktive. However, that precondition is given a rather liberal interpretation. Also, all trademark formats

can achieve protection through such use that the trademark becomes established on the market. Certain protection against the use of confusingly similar trademarks follows from the Marketing Act, which is the most important act in the field of unfair competition in Sweden. Thus it is clear that all symbols which function as trademarks can become protected without the trademark owners having to initiate any formalities. However, a precondition is according both to the Trademark Act and the Marketing Act, that the trademark has been established on the market. In the authors opinion that prerequisite has been given too rigorous an interpretation.

Chapter 4 deals with the rules about confusingly similar marks. According to the Swedish Trademark Act, trademarks and other trade symbols are confusingly similar only if the symbols have a certain degree of similarity and if the symbols relate to goods of the same or similar kinds. This rule is, however, also subjekt to an exception concerning trademarks and other trade symbols which have become exceedingly well established on the market and are publicly known in wide circles in Sweden (the Kodak Doctrine).

Both the administrative and the general courts have given the rule about confusingly similar marks a wide interpretation. Trademarks between which there has been rather big dissimilarity have been held confusingly similar if their general impression has been the same. The prerequisite that the goods shall be of the same or similar kinds has also been given a wide interpretation.

In reality the use of similar marks can, however, cause confusion about the origin of goods even if the goods are not at all similar. Thus in certain cases the prerequisite that trademarks and other trade symbols can be confusingly similar only if they relate to goods of the same or similar kinds can make it impossible to interfere against the use of marks which cause actual confusion.

Chapter 5 analyses to what extent the use of a particular trademark is reserved for the trademark owner. An investigation is made as to whether the trademark protection in any aspect is so limited that the possibility is lacking to take action against the use of trademarks that cause confusion about the origin of the goods.

The situations analysed are the following:

1. parallel import and other import situations

2. the marketing of repaired products under their original trademarks
3. references to other traders' trademarks when marketing spare parts and service for their products
4. comparative advertising.

The outcome is that, according to Swedish law, the scope of the trade mark right is wide enough to prohibit such use of a competitor's trademark that can cause confusion about the origin of the product in question. In the Common Market, on the other hand, the situation is different because of the position taken by the European Court of Justice in the Hag-case.

Moreover, this chapter analyses rules about assignments and licensing of trademarks. Under the Swedish Trademark Act assignments of trademarks in gross are allowed. There are no rules correspond to the rules in the American trademark law according to which the licensor has to exercise some kind of a control of the licensees' products. The opinion of the author is that in certain cases the Swedish rules can lead to an inability to enjoin a trader from using an assigned or licensed trademark in a way that cause confusion as to the origin of his goods.

Chapter 6 has the title "Trademarks Which are Deceptive Without Being Confusingly Similar". The first part of that chapter deals with sec 14 p 2 of the Swedish Trademark Act which stipulates that obviously deceptive trademarks may not enter into the trademark register. The courts, especially the Supreme Administrative Court, have given this rule a very strict interpretation. Thus, from the consumers' point of view, it seems justified to drop the prerequisite that the deceptiveness shall be obvious. That prerequisite, together with the possibility to register a trademark which has not yet been used, and together with the fact that the Patent Office hardly has any information about for which goods the applicant's trademark is intended means that the registration bar concerning obviously deceptive trademarks has had a limited impact.

The Trademark Act also contains a section according to which a person can be enjoined from using a trademark or another trade symbol in such a way as to deceive the public. That section has never been applied by any Swedish court. Nevertheless, it is clear

that the section is applicable not only to trademarks and other trade symbols which are deceptive as such but also to trademarks and trade symbols which are used in a deceptive way without being deceptive as such.

The most important section concerning deceptive trademarks is sec 2 of the Marketing Act, according to which the Market Court can enjoin en entrepreneur from using an advertising measure which, by conflicting with good commercial standards or otherwise, adversely affects consumers or entrepreneurs. That section is equally applicable on trademarks and other trade symbols as on other descriptions. According to sec 2 Marketing Act the Market Court can enjoin entrepreneurs both from using trademarks and other trade symbols which are deceptive as such and from using trademarks and trade symbols which are applied in a deceptive way without being deceptive as such. An example of the latter situation is that the Market Court can enjoin an entrepreneur from using a trademark which has been established as representing a certain product of a special quality for different products in those cases where such use can deceive the public. With the support of sec 2 Marketing Act the Market Court can also prohibit certain kinds of brand differentiation.

Åberopad litteratur

Svenska utredningar

Förslag till lag ang skydd för varumärken, Sthlm 1882
SOU 1951: 27, Konkurrensbegränsning I
SOU 1955: 45, Konkurrens och priser
SOU 1958: 10, Förslag till varumärkeslag
SOU 1965: 61, Mönsterskydd
SOU 1966: 48, Prissamverkan och konkurrens
SOU 1966: 71, Otillbörlig konkurrens
SOU 1967: 35, Firmaskydd
SOU 1974: 23, Reklam V, Information i reklamen
SOU 1974: 100, Internationella överenskommelser och svensk rätt
SOU 1975: 69, Samhället och distributionen
SOU 1975: 70, Samhället och distributionen
SOU 1978: 9, Ny konkurrensbegränsningslag
SOU 1978: 40, Tvistlösning på konsumentområdet
SOU 1979: 79, Produktansvar II
DsJu 1979: 13, Revision av 1883 års Pariskonvention för industriellt rättsskydd

Svenska propositioner

Prop 1931: 175 med förslag till lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens
Prop 1956: 148 med förslag till lag om ändring i lagen den 25 september 1953 om motverkande i vissa fall av konkurrensbegränsning inom näringslivet
Prop 1960: 167 med förslag till varumärkeslag m m

Prop 1967: 75 ang effektivisering av verksamheten på pris- och konkurrensområdet samt konsumentvaruforskningen
Prop 1969: 168 ang mönsterskydd m m
Prop 1970: 57 ang otillbörlig marknadsföring m m
Prop 1972: 135 ang avtal med den europeiska ekonomiska gemenskapen
Prop 1974: 4 Ny firmalag m m
Prop 1975/76: 34 Marknadsföringslag

Annat officiellt svenskt material

1 LU 1960: 39 i anledning av dels Kungl Maj:ts proposition med förslag till varumärkeslag m m, dels ock i ämnet väckta motioner
Dir Ju 1974: 10 Översyn av varumärkeslagstiftningen m m
Om varuslagslikhet, promemoria upprättad på PRV 1949

Utländskt officiellt material

Consumer Information Remedies, utg av FTC, 1979
Finska prop 1977 nr 8 med förslag till konsumentskyddslagstiftning
Finska prop 1978 nr 114 med förslag till lag om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet
Industrial Property Aspects of Consumer Protection, WIPO document COPR/II/2, 1979
Memorandum on the creation of an EEC trade mark, Bulletin of the European Communities, Supplement 8/76
Opinion of the Consumer Working Party on the draft regulation of the Commission of the European Communities on the Community trade mark, paper ENV/10/79-EN
UNCTAD, The Set of Multilaterally Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices, document TD/RBIP/CONF/L.11

Övrig åberopad litteratur

Akerlof, Georg A, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, QJE 1970 s 488—500

Alexander, Georg L, Honesty and Competition, False Advertising Law and Policy under FTC Administration, Syracuse University Press 1967

Alexander, W, Some comments on the Café Hag Judgement, CML Rev 1974 s 387—394

Andreasen, Hardy, Varemærkeretten i konkurrenceretlig belysning, Köpenhamn 1948

Anell, Lars, I Reklam och näringsliv svarar sina kritiker, red Jäfvert, Stockholm 1969 s 57—65

Aro, Pirkko-Liisa, S k slavisk efterbildning och generalklausulen i 1 § IllkonkL enligt finsk opinionsnämndspraxis, NIR 1973 s 30—39

Arwidson, Thorulf, Produkt- och märkesdifferentiering, SvJT 1978 s 576—588

Bain, Joe, Industrial Organization, 2nd edition, New York 1968

Baumbach, Adolf, Hefermehl, Wolfgang, Warenzeichenrecht, 11. Auflage, München 1979 (cit Baumbach-Hefermehl II)

Baumbach, Adolf, Hefermehl, Wolfgang, Wettbewerbsrecht, 12. Auflage, München 1978 (cit Baumbach-Hefermehl I)

Beier, Friedrich-Karl, Anm zu GRUR Int 1973 s 562, Cinzano, GRUR Int 1973 s 565—567

Beier, Friedrich-Karl, Basic Features of Anglo-American, French and German Trademark Law, IIC 1975 s 285—303

Beier, Friedrich-Karl, Der Schutz geographischer Herkunftsangaben in Deutschland, GRUR 1963 s 169—181, 236—245

Beier, Friedrich-Karl, Die gemeinschaftliche Benutzung vom Warenzeichen in Konventionsrechtlicher Sicht, Die Warenzeichenlizenz, München-Köln-Berlin-Bonn 1963, s 555—655

Beier, Friedrich-Karl, Gedanken zum Verhältnis von Warenzeichen- und Ausstattungsschutz im künftigen deutschen Recht, GRUR 1967 s 628—634

Beier, Friedrich-Karl, Gedanken zur Verweckslungsgefahr und ihrer Feststellung im Prozess, GRUR 1974 s 514—522

Beier, Friedrich-Karl, Objectives and Guiding Principles of the Future European Trademark Law, IIC 1977 s 1—27

Beier, Friedrich-Karl och Reimer, Arnold, Preparatory Study for the Establishment of a Uniform International Trademark Definition, 45 TMR s 1266—1297 (1955)

Beier, Friedrich-Karl, Rückkehr zum Eintragungsprinzip?, GRUR Int 1973 s 407—417

Beier, Friedrich-Karl, The Doctrine of Exhaustion in EEC Trademark Law — Scope and Limits, IIC 1979 s 20—51

Beier, Friedrich-Karl, Trademark Conflicts in the Common Market: Can They Be Solved by Means of Distinguishing Additions?, IIC 1978 s 221—239

Beier, Friedrich-Karl, Krieger, Ulrich, Wirtschaftliche Bedeutung, Funktion und Zweck der Marke, GRUR Int 1976 s 125—128

de Bendetti, Fabrizio, Trade Mark Rights in the European Economic Community: Evolution or Chaos, IIC 1973 s 90—103

Benham, Lee, The Effect of Advertising on the Price of Eyeglasses, The Journal of Law & Economics 1972 s 337—352

Bergau, Michael, Zweigleisiger Vertrieb und unlauterer Wettbewerb, Diss, München 1970

Bergström, Svante, Kodakdoktrinen i gällande svensk rätt, NIR 1975 s 166—178

Bernitz, Ulf, Den nya marknadsföringslagen. Supplement till Svensk och internationell marknadsrätt, 2 uppl, Sthlm 1976

Bernitz, Ulf, Industriellt rättsskydd och konkurrensbegränsning, NIR 1965 s 42—68

Bernitz, Ulf, Internationell marknadsrätt, Uddevalla 1980

Bernitz, Ulf, Konkurrens och priser i Norden, Stockholm 1971

Bernitz, Ulf, Konsumentskyddet, Svensk rätt i omvandling, Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman, Folke Schmidt, Stockholm 1976 s 63—96

Bernitz, Ulf, Licensavtal och konkurrensbegränsning, Det svenska däckdubbsmålet och dess konsekvenser, NIR 1973 s 1—24

Bernitz, Ulf, Marknadsföringslagen och kännetecknesskyddet, NIR 1975 s 179—209

Bernitz, Ulf, Marknadsrätt, ak avh, Sthlm 1969

Bernitz, Ulf, Om statliga handelsmonopol i EG och enligt frihandelsavtalen, TfR 1973 s 514—537

Bernitz, Ulf, Otillbörlig marknadsföring och illojal konkurrens, NIR 1971 s 252—283

Bernitz, Ulf, Pehrson, Lars, Problemet märkesdifferentiering, NIR 1978 s 190—214

Bernitz, Ulf, Svensk och internationell marknadsrätt, 2 upp, Sthlm 1973

Bernitz, Ulf, Upplysningspliktens gränser enligt marknadsföringslagen, NIR 1973 s 413—429

Bernitz, Ulf, Är ett välkänt märke monopol?, Ekonomen 1964: 13 s 12—18

Bernitz, Ulf, Lokrantz-Bernitz, Annika, Essén, Eric, Immaterialrättslagstiftningen, Stockholm 1979

Bernitz, Ulf, Modig, Jonas, Mallmén, Anders, Otillbörlig marknadsföring, Nyköping 1970

Bernitz, Ulf, Pehrson, Lars, Sandgren, Claes, Industriellt rättsskydd, Sthlm 1979

Block, Carl, Symbolic Branding: The Problem of Mistaken Identity With Design Marks, 59 TMR s 399—413 (1969)

Blok, Peter, De i patentet indeholdte begrænsninger i patentlicensaftaler, Endnu en kommentar til den svenske Dubbmanafgørelse, NIR 1973 s 351—383

Blok, Peter, Immaterialrettighederna og den fri varecirkulation inden for EF, NIR 1975 s 429—472

Blok, Peter, Patentrettens konsumtionsprincip, Köpenhamn 1974

Bloom, Michael A, The Lanham Trademark Act, Section 43(a) — A Tripartite System of Competitive Self Regulation, 15 Patent Law Annual s 217—263 (1977)

Bodenhausen, G H C, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Geneve 1968

Bohlig, Manfred, Die Benutzung von Warenzeichen durch verbundene Unternehmen in den USA, Die Warenzeichenlizenz, München-Köln-Berlin-Bonn 1963, s 350—402

Boyd, Harper, Levy, Sidney, Säljfrämjande — ett beteendeproblem, Stockholm 1970

Bowen, Duane C, Applied Psychology and Trademarks, 51 TMR s 1—26 (1961)

Brann, Ludwig, Ett rättsfall från varumärkesrättens område, NIR 1941 s 31—33

Brickman, Heinz-Volker, Nationale Warenzeichen im Gemeinsamen Markt, MA 1974 s 382—391

Brugspligt for varemærker, NIR 1965 s 72—81

Brunsvig, Per, Utilbörlig efterligning av produkt under den norske konkurrenseloven, NIR 1960 s 146—173

Bull, Johan Storm, Løchen, Torvald, Lov om kontroll med markedsføring, 2 uppl, Oslo 1979

Busse, Rudolf, Warenzeichengesetz, 5. Auflage, Berlin, New York 1976 (cit Busse)

Bussman, Kurt, Die Festlegung der Warengleichartigkeitsgrenzen, GRUR 1968 s 498—503

Callman, Rudolf, The Law of Unfair Competition Trademarks and Monopolies, 3rd edition vol 1 1967, vol 2 1968, vol 3 1969, vol 4 1970, vol 5 1968, with 1976 Cumulative Supplement, Callaghan & Company, Illinois

Carlman, Holger, När föreligger likhet mellan varor och tjänster enligt gällande varumärkeslag?, NIR 1979 s 38—45

Carlman, Holger, Varumärket, Administrativ varumärkespraxis i Sverige, Helsingborg 1976

Carlson, Björn, Kusoffsky, Bertil, Om distributörsmärken, Stockholm 1965

Chamberlin, Edward Hastings, The Theory of Monopolistic Competition, 7 ed, Cambridge, Mass., 1960

Conditions de l'usage nécessaire pour le maintien ou le renouvellement de l'enregistrement d'une marque, AIPPI Annuaire 1977/II s 189—346

Cornish, William R, Comment to the Revlon-case, IIC 1980 s 392—395

Danelius, Hans, Sveriges avtal med de europeiska gemenskaperna — juridiska aspekter, SvJT 1973 s 97—113

Dannay, Richard, The Sears-Compco Doctrine Today: Trademarks and Unfair Competition, 67 TMR 132—163 (1977)

Derenberg, Walter, Consumerism and "Old-Fashioned Commercial Honesty", 15 IDEA s 45—87 (1971)

Derenberg, Walter, Federal Unfair Competition Law at the End of the First Decade of the Lanham Act; Prologue or Epilogue?, 32 New York University L Rev s 1029 ff

Derenberg, Walter, The Twenty-eighth Year of Administration of the Lanham Trademark Act of 1946, 65 TMR s 373—460 (1975)

Derenberg, Walter, The Twenty-Fifth Year of Administration of the Lanham Trademark Act of 1946, 62 TMR s 393—502 (1972)

Developments in the Law. Trade-Marks and Unfair Competition, Harvard Law Review s 816—920 (1955)
Developments in the Law of Competitive Torts, 77 Harvard Law Review s 888—978 (1963)
Developments in the Law of Deceptive Advertising, 80 Harvard Law Review s 1005—1163 (1967)
Dines, Poul, Larsen, Börge, Mærkedifferentiering — brug og misbrug, i Forbrugerforskning i Danmark, red Dahl og Hansen, Köpenhamn 1980
Dines, Poul, Larsen, Börge, Märkesdifferentiering, stencil (årtal saknas)
Dixon, Paul, Trademarks, The Federal Trade Commission, and the Lanham Act, 68 TMR s 463—470 (1978)
Diplomatic Conference on the Revision of the Paris Convention, Industrial Property 1980 s 144—157
Dole, Richard, Merchant and Consumer Protection: The Uniform Deceptive Trade Practices Act, 76 Yale Law Journal s 485—506 (1967)
Droste, Helmut, Busch, Friedrich, Zum Schutz dreidimensionaler Zeichen, GRUR 1975 s 338—341
Dyekjær-Hansen, Karen, Fire nyere afgørelser vedr. EF-rettens forhold til industrielle ejendomsrettigheder, UfR 1975 s 214—224
Eberstein, Gösta, Generalklausulen mot illojal konkurrens och Pariskonventionen, NIR 1951 s 1—6
Eberstein, Gösta, Några synpunkter på ordskydd enligt svensk varumärkesrätt, TfR 1910 s 409—437, 1912 s 1—32
Eberstein, Gösta, Några varumärkesrättsliga spörsmål, Sthlm 1915
Eberstein, Gösta, Om förhållandet mellan firma och varumärke, NIR 1952 s 16—29
Eberstein, Gösta, Om konflikter mellan inbördes självständiga immaterialrättigheter, NIR 1964 s 93—101
Eberstein, Gösta, Om skydd för individualiteten, den personliga och den ekonomiska, Sthlm 1940
Eberstein, Gösta, Riktlinjer för ny firmalagstiftning, NIR 1963 s 129—138
Ekelund Jr, Robert B, Gramm, William P, Advertising and Concentration: More on Tests of the Kaldor Hypothesis, XVI Antitrust Bulletin s 105—109 (1971)

Ekelund Jr, Robert B, Gramm, William P, Advertising and Concentration: Some New Evidence, XV Antitrust Bulletin s 243—249 (1970)

Engel, James F, Blackwell, Roger D, Kollat, David T, Consumer Behavior, 3rd ed, Mindale, Illinois 1978

Eriksson, Lars Torsten, Konsumentkontakt och producentpåverkan, Stockholm 1975

Eronn, Lars, Apropå varumärken, Kooperatören 1975: 12 s 3

Essén, Eric W, Firmarätt, Lund 1978

Ett fall för KO, Uddevalla 1976

Ferguson, James, Advertising and Competition; Theory, Measurement, Fact, Cambridge, Mass., 1974

Finne, Sten, Innebär s k slavisk efterbildning av annan näringsidkares produkter illojal konkurrens, JFT 1965 s 30—42

Finnilä, Erik, Bidrag till läran om fritt eller allmänt märke enligt finsk varumärkesrätt, ak avh, Tammerfors 1935

v Gamm, Otto Friedrich, Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf das Warenzeichenrecht, GRUR 1975 s 185—190

v Gamm, Otto-Friedrich, Die sklavische Nachahmung, GRUR 1978 s 453—457

Gardner, Burleigh B, Levy, Sidney J, The Product and the Brand, Harvard Business Review, March-April 1955 s 33—39

Gegen die Aushöhlung des Markenrechts, Eine Resolution des Markenverbandes, MA 1974 s 537

Germain, Kenneth B, Trademark Registration Under Sections 2(a) and 2(e) of the Lanham Act: The Deception Division, 66 TMR s 97—121 (1976)

Germain, Kenneth B, Unfair Trade Practices Under Section 43(a) of the Lanham Act: You've Come a Long Way, Baby — Too Far, Maybye?, 64 TMR s 193—225 (1974)

Goerdel, Joachim, Die Warenzeichenrechtliche Problematik unerwünschter Parallelimporte, Freiburg 1970

Goldstein, Margaret Frenkel, Products Liability and the Trademark Owner: When A Trademark is a Warranty, 67 TMR s 587—606 (1977)

Greenbaum, Arthur, Thirty-Second Year of Administration of the Lanham Trademark Act of 1946, 69 TMR s 517—618 (1979)

Greenbaum, Arthur, The Thirty-First Year of Administration of the Lanham Trademark Act of 1946, 68 TMR s 687—839 (1978)

Grimes, Control of Advertising in the United States and Germany, Volkswagen Has A Better Idea, 84 Harvard Law Review s 1769—1800 (1971)

Groll, Hans, Die wettbewerbs- und rabattrechtliche Beurteilung der Preisspaltung, Bern, Frankfurt/M 1973

Gundersen, Fr Fr, Bernitz, Ulf, Norsk og internasjonal markedsrett, 1977

Hanak III, Elmer William, The Quality Assurance Function of Trademarks, 65 TMR s 318—335 (1975)

Handeln med radio- och TV-artiklar — leverantörsledet, PKF 1973: 6 s 4—36

Handler, M, Pickett, C, Trade-marks and Trade Names — An Analysis and Synthesis, 30 Columbia Law Review s 168—201, 759—788 (1930)

Harmsen, Anm zu GRUR 1965 s 676, Nevada, GRUR 1965 s 680

Hart, Norman, Stapleton, John, Glossary of Marketing Terms, London 1977

Hartman, Bedeutung des Bindungsgrades zwischen Marken- und Herstellernamen, MA 1970 s 20—21

Haß, Peter, Gedanken zur sklavischen Nachahmung, GRUR 1979 s 361—367

Hefermehl, Wolfgang, Anm zu GRUR 1969 s 190, halazon, GRUR 1969 s 193—194

Hefermehl, Wolfgang, Schutz der berühmten Marke gegen Neuanmeldung gleicher oder verwechslungsfähiger Zeichen im Eintragungsverfahren, GRUR Int 1973 s 425—430

Heiding, Sture, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken, ak avh, Uppsala 1946, (cit Heiding avh)

Heiding, Sture, Svensk varumärkesrätt, 5 uppl, Borås 1979 (cit Heiding, Sv vm-rätt)

Heiseke, Jürgen, Berühmte Marke und Benutzungszwang, MA 1973 s 66—73

Heiseke, Jürgen, Schutz der berühmten Marke, WRP 1975 s 491—494

Heiseke, Jürgen, Warenzeichenrecht und EWG-Recht — Wohin führt der Weg, WRP 1974 s 589—595

Henell, Olof, Konsumtion och sådant, Lund 1973

Herhusky, Robert L, Corporate Identity — By Design Not Default, 60 TMR s 63—70 (1970)

Heydt, Ludwig, Anm zu GRUR 1973 s 468, Cinzano, GRUR 1973 s 472—474

Heydt, Ludwig, Zur Funktion der Marke, GRUR Int 1976 s 339—345

Heydt, Ludwig, Anm zu GRUR 1975 s 67, Kroatzbeere, GRUR 1975 s 69

Holmqvist, Lars, Degeneration of Trademarks, ak avh Malmö 1971

Holmqvist, Lars, Koreferat i ämnet Bruksplikt for registrerte varemerker, NIR 1975 s 111—122

Holmqvist, Lars, Om inarbetning av varukännetecken, NIR 1975 s 255—282

Holmqvist, Lars, Rec av Carlman, Varumärket, NIR 1977 s 280—289

Holmqvist, Lars, Varumärkeslagen och konkurrensrelationen, NIR 1977 s 347—361

Howarth, W C, Are Trademarks Necessary?, 60 TMR s 228—235 (1970)

Hubmann, Heinrich, Die sklavische Nachahmung, GRUR 1975 s 230—239

Hubmann, Heinrich, Gewerblicher Rechtsschutz, 3. Aufl, München 1974

Isaacs, Nathan, Traffic in Trade-Symbols, 44 Harvard Law Review s 1210—1221 (1931)

Jacob-Steinorth, Der zweigleisige Vertrieb von Markenwaren im deutschen und amerikanischen Recht, Karlsruhe 1964

Janoschek, Nanni, Abgrenzungsvereinbarungen über Warenzeichen, Weinheim 1975

Johannes, Hartmut, Zum "Kaffee-Hag"-Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int 1975 s 111—118

Johnson, David, McGrath, Steven, Stanard, Douglas, Thompson, David, Trademarks and the Concept of Greater Care, 64 TMR s 26—41 (1974)

Jonsson, Ernst, Konsten att förföra konsumenten, Stockholm 1979

Kemp, J A, The Erosion of Trade Mark Rights in Europe, CML Rev 1974 s 360—

Kerly's Law of Trade Marks and Trade Names, 10th edition by T A Blanco White and Robin Jacob, London 1972

Kintner, Earl W, An Antitrust Primer, 2nd edition, New York 1973

Knoph, Ragnar, Åndsretten, Oslo 1936

Kobbernagel, Jan, Kodakdoktrinen. Referat till Sjunde nordiska mötet för industriellt rättsskydd, NIR 1951 s 73—85

Kobbernagel, Jan, Kodakdoktrinen, diskussionsinlägg vid sjunde nordiska mötet för industriellt rättsskydd, NIR 1952 s 33—34

Kobbernagel, Jan, Konkurrencens retlige regulering, del 1 Köpenhamn 1957, del 2 Köpenhamn 1961 (cit Kobbernagel I och II)

Kohl, Helmut, Die Verwässerung berühmter Kennzeichen, Berlin 1975

Kolster, Åke, Koreferat i ämnet Bruksplikt for registrerte varemerker, NIR 1975 s 104—111

Kotler, Philip, Marketing Management, 3rd ed, London och Englewood Cliffs 1976

Koktvedgaard, Mogens, Immaterialretspositioner, Köpenhamn 1965

Koktvedgaard, Mogens, Konsumtionsprincippet indenfor immaterialretten, JFT 1970 s 227—243

Konkurrensförhållanden och kostnadsstruktur på tvättmedelsmarknaden, PKF 1969: 5—6 s 22—68

Koritz, Björn, Konkurrensregleringen konsekvent? Synpunkter på relationen mellan lagstiftningen om konkurrensbegränsning och normsystem otillbörlig konkurrens i svensk rätt, NIR 1974 s 26—49

Kraft, Alfons, Die Stellung des Europäischen Gerichtshofs zum Warenzeichen im Lichte des Hag-Urteils, GRUR Int 1975 s 283—291

Krieger, Ulrich, Die gemeinschaftliche Benutzung von Warenzeichen durch mehrere Unternehmen nach deutschem Recht, Die Warenzeichenlizenz, München-Köln-Berlin-Bonn 1963 s 3—80

Krüger-Andersen, Paul, Markedsføringsret, Köpenhamn 1978
Kucsko, Guido, Parallelimporte von Konzernmarkenwaren und die Freihandelsabkommen Österreichs und der Schweiz mit der EWG, GRUR Int 1980 s 138—144
Ladas, Stephen P, Patents, Trademarks and Related Rights, National and International Protection, Cambridge Mass., 1975
Ladas, Stephen, The Court of Justice of the European Community and the Hag Case, IIC 1974 s 302—313
Lassen, Erik, Brugsplikt for varemærker, NIR 1964 s 35—50
Lassen, Erik, Iagttagelsessituationer i varemærkeretten, TfR 1974 s 62—106
Leeds, Daphne, Brandnames are Trademarks, 49 TMR s 596—601 (1959)
Leeds, Daphne, Trademarks — The Rationale of Registrability, 48 TMR s 903—916 (1958)
Lekus, Max, Problems in Coining International Brand Names, 59 TMR s 415—422 (1969)
Levin, Benny, Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens, lagtext och kommentarer, Lund 1944
Lidgard, Hans Henrik, Sverige-EEC och konkurrensen, Lund 1977
Lipsey, Richard G, Steiner, Peter O, Economics, 2nd ed, Harper & Row 1969
Ljungman, Seve, Kodakdoktrinen, Diskussionsinlägg vid sjunde nordiska mötet för industriellt rättsskydd, NIR 1952 s 42—46
Ljungman, Seve, Några reflexioner kring den nya firmalagen och dess förhållande till varumärkesrätten, NIR 1974 s 384—393
Loewenheim, Ulrich, Trademarks and European Community Law, IIC 1978 s 422—435
Loewenheim, Ulrich, Warenzeichen und Wettbewerbsbeschränkung, Bad Homburg 1970
Lund, Torben, Forholdet mellem konkurrencelov og speciallov inden for eneretsområdet, NIR 1958 s 43—57
Lundsford, Julius R Jr, Trademark Basics, 59 TMR s 873—895 (1969)
Löwbeer, Torsten, Konkurrenslagstiftningens förhållande till immaterialrätten, PKF 1974: 10 s 61—68
Mak, Willem, Warenzeichen und der Gemeinsame Markt, GRUR Int 1975 s 118—124

Mann, H M, Henning, J A, Meehan Jr, J W, Advertising and Concentration: An Empirical Investigation, Journal of Industrial Economics 1967 s 34—45

Mann, Michael, Meehan Jr, James, Advertising and Concentration: New Date and Old Problem, XVI Antitrust Bulletin s 101—104 (1971)

Martino, H Dieter, Erosion der nationalen Marken, MA 1974 s 419—422

Martino, H Dieter, Nochmals zum Hag-Urteil des EuGM, MA 1975 s 356—359

McCarthy, E Jerome, Basic Marketing; A Managerial Approach, 5th ed, Homewood, Illinois 1975

McCarthy, Thomas, Devitt, Veronica, Protection of Geographic Denominations: Domestic and International, 69 TMR s 199—228 (1979)

McCarthy, Thomas, Trademarks and Unfair Competition, Rochester, New York 1973 with 1979 Cumulative Supplement (cit McCarthy)

Medcalf, Eric, Vergleichende Studie des Begriffs der Marke in den einzelnen Ländern, GRUR Int 1961 s 461—473

Millstein, Ira, The Federal Trade Commission and the Excision of Trademarks, 55 TMR s 805—819 (1965)

Moore, Gunnar, Kravet på särskiljningsförmåga efter den nya varumärkeslagens ikraftträdande, Utstyrslar och andra varumärken, NIR 1964 s 1—34

v Mühlendahl, Alexander, Unitary Character and Problems of Coexistence in the Future European Trademark System, IIC 1976 s 173—201

Märkesdifferentiering — ett konsumentproblem, Konsumentverkets rapport 1974: 9

Märkesdifferentiering inom dagligvaruområdet, PKF 1975: 9 s 41—47

Nelson, Phillip, Advertising as Information, JPE 1974 s 729—754

Nelson, Phillip, Information and Consumer Behavior, Journal of Political Economy 1970 s 311—329

Neubert, Anm zu GRUR 1973 s 534, Mehrvert, GRUR 1973 s 536—538

Neumeyer, Fredrik, Dags att dödförklara varumärkena?, Kooperatören 1977: 7—8 s 43—44

Nicosia, Francesco M, Konsumentens beslutsprocesser, Stockholm 1968

Noelle-Nauman, Elisabeth, Schramm, Carl, Höhe der Verkehrsgeltung, GRUR 1966 s 70—82

Norberg, Sven, Jämförelser i reklam, NIR 1966 s 77—101

Näringsfrihetsrådets utlåtande till Kungl Maj:t över Varumärkes- och firmautredningens förslag till varumärkeslag, PKF 1958 s 645—652

Officiell klang men kommersiellt syfte, Konsument, — rätt & ekonomi 1980: 2 s 29

Om överlåtelse- och licensfrågor inom varumärkesrätten. Diskussion vid Åttonde nordiska mötet för industriellt rättsskydd i Helsingfors, NIR 1953 s 200—228

Osgood, Robert M, The Borden Litigation — Its Impact upon the Issues of Like Grade and Quality and Competitive Injury Under the Robinson-Patman Act, 59 TMR s 423—438 (1969)

Papandreou, Andreas, The Economic Effect of Trademarks, 44 Calif L Rev s 503—510 (1956)

Peczenik, Alexander, Juridikens metodproblem, Stockholm 1974

Pehrson, Lars, Varumärken på gott och ont, Konsument-, rätt & ekonomi 1978: 3 s 16—19

Phelps, Maynard, Westing, J H, Marketing Management, 3rd ed, Homewood 1968

Plesner, Mogens, Anm av Blok, Peter, Patentrettens konsumtionsprincip, UfR 1975 s 175—181

Pluta, Jörg, Ausstattungsschutz und Freihaltebedürfnis bei Warengestaltungen, i Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Wirtschaftsrecht, Mitarbeiterfestschrift zum 70, Geburtstag von Eugen Ulmer, s 257—266

Porter, Michael, Interbrand Choice, Media Mix and Market Performance, The American Economic Review 1976 s 398—406

Prinslow, Robert W, How Management Implements the Trademark Policy, 58 TMR s 713—721 (1968)

Pålsson, Lennart, EG-rätt, Lund 1976

Reimer, Dietrich, Die Warenzeichenlizenz in Großbritanien, Die Warenzeichenlizenz, München-Köln-Berlin-Bonn 1963, s 304—349

Reimer, Eduard, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, 4. Aufl. Band 1, Köln-Berlin-Bonn-München 1966, Band 2 Köln-Berlin-Bonn-München 1972

Restatement of the Law of Torts as Adopted and Promulgated by the American Law Institute, vol III, St Paul 1938

Richter, Bruno, Warengleichartigkeit, Sammlung der Spruchpraxis des Reichspatentamts, des Deutschen Patentamts, des Bundespatentgerichts und des Bundesgerichtshofes sowie weiterer Gerichte, 5. Aufl. 1973

Riehle, Gerhard, Markenrecht und Parallelimport, Stuttgart 1968

Rissanen, Kirsti, Varumärkena och deras betydelse, NIR 1977 s 1—41

Rosden, Georg, Rosden, Peter, The Law of Advertising, New York 1973

Rothschild, Michael, Models of Market Organization with Imperfect Information. A Survey, JPE 1973 s 1283—1308

Rowe, Frederick, Price Discrimination under the Robinson-Patman Act, Boston-Toronto 1962

Röttger, Martin, Die Behandlung der enteigneten deutschen Warenzeichen im Hag-Urteil des europäischen Gerichtshofs, GRUR 1974 s 574—579

Sandgren, Claes, Patentlicensavtal och icke-angreppsklausuler, Referat till XV nordiska mötet för industriellt rättsskydd den 16—18 september 1974 i Oslo, NIR 1974 s 242—274

Sandgren, Claes, Patentlicenser, ak avh, Stockholm 1974

Sannesson, Sven, Konsumentvarudistribution, 2 uppl, Stockholm 1971

Sack, Rolf, Die rechtlichen Funktionen des Warenzeichens, GRUR 1972 s 402—412, 445—453

Schechter, Frank I, The Rational Basis of Trademark Protection, 60 TMR s 334—352 (1970)

Schluep, Walter, Das Markenrecht als subjektives Recht, Basel 1964

Schricker, Gerhard, Loss of Trademark Rights by Nonuse, A Study of German and Comparative Law, IIC 1971 s 173—205

Schricker, Gerhard, Schutz des Allgemeinintresses im Markenrecht und Koexistenz verwechselbarer Marken verschiedener Inhaber, GRUR 1967 s 634—638

Schroeter, Klaus Alfred, Ausstattungsanwartschaft und wettbewerbsrechtlicher Schutz von Kennzeichen, WRP 1968 s 435—437

Schwab, Berthold, Der freie Verkehr von Markenwaren im Lichte der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, GRUR Int 1975 s 73—78

Simon, Françoise, Carrefour: Ein Angriff auf die Marke?, WRP 1977 s 160—165

Spratling, Gary, The Protectability of Package, Container and Product Configurations, 63 TMR s 117—152 (1973)

Sprich, Hermann, Die Auswirkungen des EWG-Rechts auf den Schutz des Warenzeichens gegenüber nicht ursprungsgleichen, verwechslungsfähigen Warenzeichen, GRUR Int 1977 s 285—292

Stellungsnahme der Deutschen Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. zum Hag-Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 3. Juli 1974, GRUR 1975 s 65—66

Stenberg, Hans, EEC:s konkurrensbegränsningsrätt och Sverige, NIR 1973 s 168—180

Stenberg, Hans, Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet, ak avh, Nyköping 1974

Stigler, George, The Economics of Information, The Journal of Political Economy 1961 s 213—225

Stigler, George, The Economics of Scale, The Journal of Law & Economics 1958 s 54—71

Stockell, Mercer L, Federal Trade Commission and Trademarks, 54 TMR s 500—510 (1964)

Stuart, Charles, Consumer Protection in a Market Where Sellers Have Better Information Than Buyers, Law and Economics, Teckomatorp 1978 s 155—164

Stuevold Lassen, Birger, Fem hundre avgjørelser i varemerkesaker — og enkelte refleksjoner omkring dem, TfR 1977 s 330—348

Svensson, Carl Anders, Skydd mot slavisk efterbildning, NIR 1971 s 300—312

Svensson, Carl Anders, Stenlund, Anders, Ström, Lars Erik, Praktisk marknadsrätt, 2 uppl, Malmö 1978

Telser, Lester G, Advertising and Competition, JPE 1964 s 537—562

Tengelin, Sten, Inarbetning av kännetecken, NIR 1975 s 371—381

The Thirtieth Year of Administration of the Lanham Trademark Act of 1946, 67 TMR s 471—582 (1977)

The Twenty-Ninth Year of Administration of the Lanham Trademark Act of 1946, 66 TMR s 337—424 (1976)

Thommessen, Gunnar, Bruksplikt for registrerte varemerker, NIR 1974 s 225—241

Tietgen, Uwe, Die Unterschiede zwischen Fabrik- und Händlermarken in Warenzeichen- und wettbewerbsrechtlischer Sicht, Köln-Berlin-Bonn-München 1975

Tiili, Virpi, Några synpunkter på det finländska förslaget till konsumentskyddslagstiftning, NIR 1974 s 130—146

Tiili, Virpi, Om varumärkets funktioner, NIR 1970 s 240—255

Tisell, Henrik, Om varumärkesskydd och varumärken, Lund 1913

Treece, James M, Stephenson, David, Another Look at Descriptive and Generic Terms in American Trademark Law, 66 TMR s 452—484 (1976)

Troller, Alois, Immaterialgüterrecht, Band I 2. Aufl. Basel-Stuttgart 1968, Band II 2. Aufl. Basel-Stuttgart 1971

Troller, Alois, Wesen und Unwesen der Marke, In Festschrift für Philipp Möhring, München-Berlin 1965

Törnqvist, Gerhard, Varudistributionens struktur och kostnader, 2 uppl, Karlskrona 1952

Uggla, Claës, Diskussionsinlägg vid XV nordiska mötet för industriellt rättsskydd, NIR 1975 s 122—124

Uggla, Claës, Några synpunkter på förväxlingsskyddet för varumärken, NIR 1975 s 382—387

Uggla, Claës, Om överlåtelse- och licensfrågor inom varumärkesrätten, NIR 1953 s 84—103

Ullmer, Eugen, Reimer, Dietrich, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band III, Deutschland, Köln 1968

Ullrich, Hanns, Die Affaire Carrefour: Warenzeichen am Scheideweg, GRUR Int 1977 s 158—159
Ullrich, Hanns, Staatsgrenzen und Warenzeichen, GRUR Int 1975 s 291—308
Ullrich, Hanns, The Impact of the "Sirena" Decision on National Trademark Rights, IIC 1972 s 193—225
Vaagbø, Ola, Hva skjer på markedet for sanitetsbind og tøyvaskemidler, Forbrukerombudsmannen 4/78 s 6—9
Vaagbø, Ola, Suggesjonskonkurrense og prestasjonskonkurrense, Forbrukerombudsmannen 3/78 s 16—18
Waibel, Eberhard, Warenzeichenrechtliche und wettbewerbsrechtliche Fragen des Ersatzteile-, Zubehör- und Reparaturgewerbes, Köln-Berlin-Bonn-München 1977
Vanzetti, Adriano, Funktion und Rechtsnatur der Marke, GRUR Int 1965 s 128—142, 185—201
Westerhoff, Johannes, Die relativen Schutzvoraussetzungen der Marke, Köln-Berlin-Bonn-München 1976
Westerlind, Peter, Tio års praxis i marknadsdomstolen — erfarenheter och värderingar, SvJT 1980 s 401—423
Wickström, Bo, Konsumentens märkesväl, Göteborg 1965
Werkman, Caspar, Trademarks, Their Creation, Psychology and Perception, Amsterdam 1974
Woesler, Emmi, Warengleichartigkeit. Wandlungen-Leitlinien-Aspekte der Warenzeichenrechtlichen Spruchübung, GRUR 1971 s 287—296
Völp, Fromut, Kritische Bemerkungen zur Verwecklungsgefahr, GRUR 1974 s 754—761
Übersicht über den Stand der internationalen Verträge auf dem Gebiet des Gewerblichen Rechtsschutzes am 1. Januar 1980, GRUR Int 1980 s 220—225
Åkerman, Brita, i Reklam och näringsliv svarar sina kritiker, red Jäfvert, Stockholm 1969 s 119—127

Åberopade rättsfall

Svenska

Högsta domstolen

NJA 1912 B 81, New Departure 315
NJA 1918 s 180, Dunlop 181
NJA 1929 s 44, Tenax, Tengor 44
NJA 1931 s 169, Mosetig Battist 315
NJA 1932 s 463 (= NIR 1932 s 66), Lejon 242
NJA 1932 B 599 (= NIR 1933 s 60), Palm & Olive = Palmolive 220
NJA 1932 B 873, Academie Scientifique de Beauté 315
NJA 1933 s 418 (= NIR 1933 s 59 och 144), Omega 336
NJA 1936 s 118 (= NIR 1936 s 134), McCormich, Deering 339 f
NJA 1937 s 209 (= NIR 1937 s 69), Chalmersringen 309
NJA 1938 s 501, Iwana = Nirvana 288
NJA 1939 s 141 (= NIR 1938 s 87, 1939 s 60), Wella ≠ Stella 288
NJA 1940 s 161 (= NIR 1940 s 85), Trix ≠ Pix 288
NJA 1941 s 672 (= NIR 1942 s 91), KF 156
NJA 1941 B 55, varumärkeslicens 355
NJA 1950 s 365 (= NIR 1950 s 206), Kosta 363
NJA 1960 s 457 (= NIR 1961 s 88), Prestige 315
NJA 1961 s 590 (= NIR 1961 s 217), Adam och Eva = Adam 283, 288
NJA 1967 s 458 (= NIR 1968 s 404), Polycolor . 312 ff, 320 f, 327
NJA 1970 s 308 (= NIR 1971 s 91), Maskinservice Aktiebolag Filip = Svenska Aktiebolaget Philips och Philips 283

NJA 1977 s 415 (= NIR 1978 s 230), Qvinns Corner = Qvinny ..... 86, 207, 283, 286 ff
NJA 1977 s 479 (= NIR 1978 s 236), Lindströms TV = TV-Lindström 156
NJA 1979 s 121 (= NIR 1979 s 382), BiC = Bi 207, 283 f, 286, 288 ff, 296

Hovrätterna

NIR 1933 s 148, His Master's Voice 315
NIR 1961 s 83, förväxling mellan figurmärken 289
NIR 1969 s 418, Volkswagen ..... 284, 289 f, 340
NIR 1969 s 424, Volkswagen ..... 284, 289 f, 340
NIR 1976 s 316, Tvätt-Björnen = Björns Kemtvätt 284
Hovrätten för Västra Sverige, dom 29 maj 1973, KO:s tidskrift 1973: 5 s 13, Svensk Rättshjälp 188
Svea hovrätt, dom 17.12.1976 nr 2: DT 42, Jacki = Jockey 284 f, 288 f
Svea hovrätt, dom 2.11.1977, nr DT 22, stjärnmärken 284, 289 f, 309

Tingsrätterna

NIR 1965 s 273, 4712 = 4711 ..... 269, 288, 292
NIR 1973 s 119, Carlssonhögtalare ..... 153, 189 ff, 337
Folkungabygdens tingsrätt, dom 5.11.1973, nr DB 207, Catalina ..... 188 f
Sollentuna och Färentuna tingsrätt, dom 8.3. 1974, nr DT 128 61
Malmö tingsrätt, dom 1.10.1974, nr DT 102, Creme 21 = 21 Twenty One ..... 156, 285 f, 291
Stockholms tingsrätt, dom 27.5.1975, nr DT 32, Protein 21 = 21 Twenty One ..... 156, 285, 290 f
Landskrona tingsrätt, dom 25.10.1977, nr DT 222, Joker = Jockey ..... 285, 288 f
Stockholms tingsrätt, dom 3.1.1980, nr DT 2, Mäklarbanken 434 f

Regeringsrätten

RÅ 1911 Ju 46, Solstrålen = Sunbeam 229
RÅ 1913 Ju 67, Clio 257

RÅ 1931 s 168, Stockholms Pant-Bod, Försäljningslokal, S Lindström 362
RÅ 1932 s 108 (= NIR 1933 s 60) Palm & Oliv ≠ Palmolive 220
RÅ 1939 H 61 (= NIR 1939 s 119), Affa ≠ Alfa 257
RÅ 1940 H 71 (= NIR 1941 s 85), Fyffes 245
RÅ 1947 H 51 (= NIR 1947 s 216), Jeep 170
RÅ 1949 H 16 (= NIR 1949 s 272), Royal Crown = Kron, Kronan 229
RÅ 1956 s 63 (= NIR 1957 s 61), Juristbyrå 362
RÅ 1963 H 36, Wuzzi = Vyzo ..... 217 f, 226
RÅ 1963 H 37, Zmil = Snill 227
RÅ 1963 H 38, Engströms Stjärnfoder 268
RÅ 1963 H 42 (= NIR 1963 s 224), The Swedish Radio & Television Corp AB 362
RÅ 1963 H 45, Tailor Club 362
RÅ 1964 s 71 (= NIR 1966 s 62), Favorite 397
RÅ 1965 H 6, Tyrex ≠ Tynex, medg 170
RÅ 1965 H 47, Luxacote ≠ Lux, medg ..... 219, 279 ff
RÅ 1965 H 49 (= NIR 1966 s 163), Punch 268
RÅ 1966 s 21 (= NIR 1968 s 134), HI ≠ IH .. 209, 269, 270 f
RÅ 1966 s 35 (= NIR 1966 s 165), Philishave ..... 184 ff
RÅ 1966 H 20 (= NIR 1967 s 136), White Owl = White Owl 257
RÅ 1966 H 32 (= NIR 1968 s 239), Tacol = Taxol 259
RÅ 1966 H 35 (= NIR 1968 s 236), M ..... 176 ff
RÅ 1966 H 36 (= NIR 1967 s 467), Addomat = Addo .. 259
RÅ 1967 s 32 (= NIR 1968 s 240), Vallentine ≠ Ballantine's ..... 222, 224 f, 257, 263
RÅ 1967 H 14 (= NIR 1968 s 410), Bestform ..... 168 f
RÅ 1967 H 16 (= NIR 1968 s 336), Boxer 171
RÅ 1967 H 18 (= NIR 1968 s 413), Even-flo 168
RÅ 1968 s 66 (= NIR 1968 s 415), Dr Pepper .... 365 ff, 373 ff
RÅ 1968 s 195 (= NIR 1969 s 203), Fröken Sverige 172
RÅ 1968 H 23, Pegulan = Tegulon ..... 215 f
RÅ 1968 H 24, Hydrolux ≠ Lux 214, 233, 259
RÅ 1968 H 33 (= NIR 1970 s 217), Isiflo = ICI .. 209 f, 228

RÅ 1968 H 34 (= NIR 1970 s 210), Ultra Pak = Tetra Pak 222, 234
RÅ 1968 H 35 (= NIR 1970 s 213), Antares = Antara 209, 216, 257
RÅ 1968 H 37 (= NIR 1970 s 217), Arcopal = Icopal 218, 220
RÅ 1968 H 41 (= NIR 1970 s 214), Neseril = Nestargel 222, 234, 264
RÅ 1969 H 6, Date = Det 216
RÅ 1969 H 34 (= NIR 1969 s 440), Biobond ≠ Bio-Sorb 258
RÅ 1969 H 52 (= NIR 1970 s 109), Tvätteriernas Inköpscentral 362
RÅ 1970 s 74 (= NIR 1971 s 328), Ljunglöfs 63, 156, 300
RÅ 1970 H 22, Vanda ≠ Valda 258
RÅ 1970 H 24, Elisabeth of Sweden ≠ Elisabeth Arden .. 234
RÅ 1970 H 51 (= NIR 1971 s 103), Husmodern 270
RÅ 1970 H 52 (= NIR 1971 s 108), Allt i Hemmet 270
RÅ 1970 H 53 (= NIR 1971 s 107), Året Runt 270
RÅ 1971 H 25, Duclone = Clone 233
RÅ 1971 H 26, Oriclone = Clone 233
RÅ 1971 H 27, Borrhackan 171
RÅ 1971 H 29, California ..... 370 f
RÅ 1971 H 31, Imagination = Insinuacion 209, 217, 224, 231
RÅ 1971 H 33, Djob = Jobis 226
RÅ 1971 H 34, Reward ≠ Livarde 225
RÅ 1971 H 51 (= NIR 1972 s 216), MDS 179
RÅ 1971 H 52, G8 178
RÅ 1971 H 54 (= NIR 1972 s 217), Beacon = Bison 226
RÅ 1971 H 61, Chantilly 371
RÅ 1971 H 62 (= NIR 1973 s 100), Windsor Door 365 ff, 371 f
RÅ 1971 H 78, Dana = Ana 231
RÅ 1971 H 79, Mayflower = Mayfair 254, 257
RÅ 1971 H 81, Folitherm = Polythermomni 233, 257
RÅ 1971 H 86 (= NIR 1973 s 101), Seaman 169
RÅ 1971 H 87 (= NIR 1972 s 333), EMI 268
RÅ 1971 H 92, Scanpump = Scan 216, 232, 259
RÅ 1971 H 94 (= NIR 1972 s 441), Thermoservice 172
RÅ 1971 H 125 (= NIR 1973 s 104), Nemo = Elmo 215

RÅ 1972 s 66 (= NIR 1973 s 348), The Lion ≠ The Lion 258, 270
RÅ 1972 s 104 (= NIR 1972 s 112), Svelast = Svecast .. 261
RÅ 1972 H 3, Frekvensor 171
RÅ 1972 H 4, Simply Soft 168
RÅ 1972 H 6, Status 167
RÅ 1972 H 42, Triflex = Trellflex ..... 209, 215 f, 256
RÅ 1972 H 51 (= NIR 1973 s110), ENCO = NK 222, 227 f, 264
RÅ 1972 H 68, Havanna Club = Club Soda m fl 235, 257
RÅ 1972 H 69, Z 178
RÅ 1972 H 84 (= NIR 1973 s 345), Computour 170
RÅ 1972 H 85, Scandoor = Scan 232, 256
RÅ 1972 A 68, Teamix ≠ Trimix 259
RÅ 1973 A 153, Elementa = Werno Elementa 234
RÅ 1973 A 175, Diebold ≠ Diebold 261
RÅ 1973 A 177 (= NIR 1974 s 223), Bellady = Mylady 209, 218 f
RÅ 1973 A 358, Colorador 171
RÅ 1973 A 359, Handy 167
RÅ 1973 A 360, Principe = Princesse 229
RÅ 1974 s 43 (= NIR 1974 s 320), Smokeless 169
RÅ 1974 A 97, Väggolon = Voguelon 258
RÅ 1974 A 318 (= NIR 1974 s 323), elefantfigur = HIAB Elefant ..... 222, 242 f
RÅ 1974 A 319—320 (= NIR 1974 s 321), Rigello ..... 185 f
RÅ 1974 A 323, förväxling mellan figurmärken ..... 209 f
RÅ 1974 A 324, Avitat = Avia 261
RÅ 1974 A 325 (= NIR 1974 s 324), förväxling mellan figurmärken 217, 268
RÅ 1974 A 467, Pero-Klean = Euroclean 233
RÅ 1974 A 824, Scantiox ≠ Scan, medg 233
RÅ 1974 A 825, Scantisep ≠ Scan, medg 233
RÅ 1974 A 999 (= NIR 1974 s 469), Columbus Dixon ≠ Columbus, medg ..... 280 ff
RÅ 1974 A 1000, förväxling mellan figurmärken 242
RÅ 1974 A 1002, Globe food = Globus 226, 257
RÅ 1974 A 1003, Twinkies = Twins 257

RÅ 1974 A 1312, Cheep jeans ..... 175 f
RÅ 1974 A 1313, Flavoring ..... 170, 174 f, 178
RÅ 1974 A 1316, Allmetall ..... 373 ff
RÅ 1974 A 1317, förväxling mellan figurmärken ..... 238 f
RÅ 1974 A 1318, Vals = Valstar 210, 232
RÅ 1974 A 1910, Guardian = Gard 226
RÅ 1974 A 1911, Fixloopers = Fix 232, 258
RÅ 1975 s 25 (= NIR 1976 s 234), DLM 176, 178
RÅ 1975 A 77, Conox = Kronos 227
RÅ 1976 Ab 141, Lotus ≠ Logos 231
RÅ 1976 Ab 232, Aga-Lux = Lux 215, 222, 233
RÅ 1976 Ab 233, ts ..... 179 f
RÅ 1976 Ab 234, Onyx ≠ Ones 227
RÅ 1976 Ab 612, Scan-Sound = Scan 232, 259, 266
RÅ 1977 Ab 378, Lois = Marie-Louise m fl 258
RÅ 1977 Ab 426, Jacki = Jockey 226
RÅ 1977 Ab 438, Vasque = Vac 207
RÅ 1977 Ab 482, Plivie = Bliv 226
RÅ 1977 Ab 483, Kit-e-kwik = Kvick 226, 233, 257
RÅ 1978 s 295, Opium 375
RÅ 1978 s 385, AIRBUS A 300 B 173
RÅ 1978 Ab 56, Methyl 170
RÅ 1978 Ab 58, Fred Perry Sportswear = Sperry 226
RÅ 1978 Ab 85, Minivib = Minibel 207, 219
RÅ 1978 Ab 115, E-T-A ≠ EPA ..... 222 f, 229, 259 f
RÅ 1978 Ab 213 (= NIR 1978 s 445), Club Mediterranee 174
RÅ 1978 Ab 217, Generator 170
RÅ 1978 Ab 376, förväxling mellan figurmärken 217
RÅ 1978 Ab 451, Nordisk 174
RÅ 1978 Ab 454, Mode & Skönhet 171
RÅ 1979 Ab 24—25, förväxling mellan figurmärken .... 239 f
RÅ 1979 Ab 458, Sandvik Minibel = Minivib 219
RÅ 1979 Ab 460, Domino 242
RÅ 1979 Ab 464, Windsurfer 170
RÅ 1979 Ab 465, Luktslukare 172

Besvärsavdelningen/Patentbesvärsrätten

28/62, Goldfish ≠ Gold 227
33/62, varuutstyrsel, Signal .. 48, 186, 193
42/62, förväxling mellan figurmärken .. 238 f
109/63, King 169
38/64, förväxling mellan figurmärken .. 236 f
52/64, Blanka ≠ Blankin 221
59/64, förväxling mellan figurmärken .. 242
4/65, Johnson 397
7/65, Sprite 374
10/65, Sprite 374
18/65, Municum = Mysticum 231
21/65, Reten 374
28/65, förpackningsutstyrsel, Melitta 186
33/65, Nitroduran 170
34/65, förväxling mellan figurmärken .. 240 f
35/65, förväxling mellan figurmärken .. 240 f
36/65, förväxling mellan figurmärken .. 240 f
57/65, Sarong 171
59/65, Nice change .. 168
76/65, Nespak ≠ Nestlé 234, 264
18/66, Inhalette 170
31/66, Knopp ≠ Knorr 270
47/66, Eurotex 167
67/66, Lixir 170
73/66, bilden av en påg ≠ Pågen, Skånepågen 243
5/67, Esoterica = Exotica 231
10/67, Jeep 170
11/67, Duett ≠ Duett 248, 256, 259
32/67, Sofradex = Adex 235
37/67, Carabella = Karusell 226
57/67, Forcolor 171
68/67, Diabol ≠ Diacon o. Diamant 227, 230
107/67, Jeep 170
44/68, Favorite 397
61/68, figurmärke 174
77/68, Earl of London 370
78/68, P-front ≠ Y-front .. 227, 234
81/68, varuutstyrsel .. 185
121/68, Quick-Wedge .. 171
148/68, förväxling mellan figurmärken 217, 236
157/68, förväxling mellan figurmärken .. 236 f
160/68, Warmtimmer .. 171
171/68, Uniroyal ≠ Unirope 230
172/68, Cola-Cao = Coca-Cola 222
179/68, Toscana 370
34/69, Living wig 173
38/69, Conceal ≠ Colsin ..... 220 f

42/69, Bali = Bally . 254, 258, 269
48/69, Top Job 166
50/69, figurmärke 173
102/69, Carborundum 46
104/69, Crestalux = Lux 215, 233
123/69, Fluorglas 171
153/69, Tendrelle = Tend 234
181/69, Phenyalin = Fenjal ..... 227 f
184/69, Hyde Park 371
9/70, Svecia 174
10/70, Sorbonne 371
15/70, ASCA = ASEA 261
49/70, Action 167
64/70, Lenita = Dunita .. 224, 229
70/70, High kings 169
77/70, figurmärke 173
80/70, Cavallino Monza 371
94/70, Bonheur = Bon-jour 231
99/70, Skruvtop 173
100/70, Liftop 173
101/70, Snabbtop 173
102/70, Rivtop 173
103/70, Vridtop 173
104/70, Twistop 173
113/70, Aulic = Aurid 226
115/70, Pulltop 173
126/70, Skandilux = Lux 215, 233
129/70, Plantvax 374
160/70, Palett = Plakett ≠ Planet 226
170/70, Money card .. 171
176/70, Panther Plast ≠ Partner 230
14/71, Bonanza = Bonanza 261
31/71, Drive 167
39/71, varuutstyrsel .. 185 f
42/71, Scandidry ≠ Scan 233
43/71, Scandiflex ≠ Scan 233
44/71, Scandisafe ≠ Scan 233
72/71, Hals ≠ Halls .. 221
105/71, Eurocontroll .. 375 f
138/71, Mågott 167
183/71, Reval 371
36/72, Scandylux ≠ Scan 233
86/72, Bix = Bic 258, 263
94/72, förväxling mellan figurmärken 241, 243
10/73, Marbot ≠ Marabou ..... 227 f
12/73, förväxling mellan figurmärken .. 237 ff
18/73, Stimu-bits ≠ Stimu-u-dents 234, 258
25/73, Minutburgare 173
43/73, Mac Gregor = McGregor 280
46/73, Vismeny 171
52/73, Scanmop = Scan 232
71/73, Mobilia ≠ Mobil 258
77/73, Hewascan ≠ Scan 232

92/73, Hydrolan = Hydropal 219
119/73, Tenderley ≠ Tend 234
131/73, Surgifix = Surgine 219
138/73, figurmärke 173
141/73, Clinicult = Clinitest och Clinistix 219
153/73, Gödjord ≠ Göjord 221
8/74, figurmärke 372
13/74, Accentuate 167
18/74, A och O 167
23/74, förväxling mellan figurmärken .. 236 f
25/74, Blue Diamond ≠ Diamond Brand, Diamond, medg 280 ff
62/74, Torr och glad .. 167
69/74, Eve ≠ Eve 269, 271
72/74, Weisses Rössl ≠ White Horse .. 229
102/74, Pregnex = Pregnyl .. 219, 258
119/74, Carboline 375
149/74, Marathon ≠ Marabou 230
154/74, varuutstyrsel .. 184
9/75, BFI 179
20/75, International .. 168
24/75, Narva 371
54/75, Homeparty 167
70/75, figurmärke = förpackningsutstyrsel 243
94/75, Lång John = Long John 261
96/75, Electronucleonics 375
98/75, DMR 179
105/75, Vigo 371
133/75, varuutstyrsel .. 185
138/75, Stuffed skirt .. 172 f
139/75, Stuffed jeans .. 173
142/75, Seatrain 171
3/76, förväxling mellan figurmärken .. 236 f
25/76, Vacker Tass ≠ Wacker 230
39/76, Mums-mums .. 167
95/76, Scancor ≠ Scan 232
101/76, Liquid gold .. 171
126/76, figurmärke 173
127/76, figurmärke 173
133/76, Fema ≠ Femina 231
139/76, varuutstyrsel .. 186
140/76, Drain Power .. 168
7/77, The apple ≠ äppelfigur 243
12/77, Niagara 371
16/77, förväxling mellan figurmärken .. 242
43/77, figurmärke 363 f, 370
46/77, Mästerstugan .. 172
53/77, Skärgårdskryssare 170
71/77, förväxling mellan figurmärken .. 240
77/77, Scanimobile ≠ Scan 232
83/77, Scanicamera ≠ Scan 232
84/77, Fryssug 171

98/77, Bravo 167
147/77, figurmärke 173
20/78, Go-bit 167
26/78, Ski & Sailor .. 169
50/78, Baronen ≠ Baronen ..... 261 f
68/78, Signet ≠ Signet 262
76/78, Berga 372
90/78, Manlift = Man 261
94/78, Varje dag .... 169 f
102/78, förväxling mellan figurmärken .. 240
107/78, Jeep 170
115/78, varuutstyrsel .. 185 f
151/78, Chokladvals .. 172
156/78, Djurombudsmannen 376

Kammarrätterna

Kammarrätten, dom 1.4.1974, mål 3942/73, Semper 95

Marknadsdomstolen

MD 1971: 3 (= PKF 1971: 10 s 102), Kent 252
MD 1971: 4 (= PKF 1971: 10 s 107), Marlboro 252
MD 1971: 5 (= PKF 1971: 10 s 112), Minden 252, 303
MD 1971: 8 (= PKF 1971: 10 s 124), Tre Kök ..... 430 f
MD 1972: 1 (= PKF 1972: 3 s 142), Prince 252
MD 1972: 2 (= PKF 1972: 4 s 93), Magnetisk hälsodyna .. 302
MD 1972: 7 (= NIR 1972 s 443, PKF 1972: 5 s 106), Däckdubbsmålet ..... 353 f
MD 1972: 8 (= NIR 1972 s 460, PKF 1972: 6—7 s 141), Svensk Rättshjälp ..... 188, 191 ff, 416 ff, 435 f
MD 1972: 9 (= PKF 1972: 6—7 s 145), Rymd .. 302, 353, 427 ff
MD 1972: 10 (= NIR 1972 s 463, PKF 1972: 9 s 90), Catalina ..... 153, 188 ff, 304 ff
MD 1972: 13 (= PKF 1972: 10 s 98), Vilda Västern 302
MD 1972: 15 (= PKF 1972: 10 s 106), Mobil Oil 301
MD 1973: 6 (= PKF 1973: 5 s 110), L & M 252, 409 f, 427, 430
MD 1973: 15 (= NIR 1973 s 462, PKF 1973: 7—8 s 107), AGI ..... 153, 189 ff, 293 f, 305
MD 1973: 17 (= PKF 1973: 7—8 s 142), Prince 252
MD 1973: 25 (= PKF 1974: 1 s 80), Bullworker 302
MD 1974: 5 (= NIR 1974 s 330, PKF 1974: 5—6 s 83), Blomin ..... 153, 189 ff, 304 ff
MD 1974: 7 (= NIR 1974 s 327, PKF 1974: 5—6 s 99), Bankernas Fastigheter ..... 433 f

MD 1974: 11 (= PKF 1974: 5—6 s 111), Multiplex 413
MD 1974: 12 (= PKF 1974: 5—6 s 126), Exynol Miljö 303, 417 f, 422 f
MD 1974: 15 (= PKF 1974: 7 s 97), De Handikappades Riksförbund 413
MD 1974: 18 (= PKF 1974: 10 s 83), AYO-bantningstabletter 302
MD 1975: 20, Philips färg-TV 302, 305, 414
MD 1975: 28, Happy Figure 302
MD 1976: 3, Happy Figure 302
MD 1976: 11 (= NIR 1976 s 407), Kevi ..... 86, 189 ff, 305
MD 1976: 17 (= NIR 1976 s 409), Honungsfallet .... 301, 413, 441 f, 444 ff
MD 1976: 18 (= NIR 1976 s 410), SparKronan 153, 189 ff, 296, 301, 306, 435, 443 f
MD 1976: 19 (= NIR 1976 s 412), Philip Morris .. 190 ff, 305
MD 1977: 8, Expressen 303
MD 1977: 22 (= NIR 1978 s 137), Alcro .. 91, 94 f, 97, 406, 451 ff
MD 1977: 25 (= NIR 1978 s 243), Fiskars 86, 190 ff, 305, 442
MD 1977: 26, Mäklarbanken 434
MD 1977: 28, Canicum ..... 86, 191 ff
MD 1978: 3, New Hair AB ..... 418 f
MD 1978: 6, Trygg och Young & Rubicam 301
MD 1978: 22, Dala Bil AB ..... 437 f
MD 1978: 24, Elektriska hälplattor 302
MD 1978: 28, Hypno Relax 302
MD 1979: 10, Villaägarnas fastighetsbyrå ..... 435 f
MD 1979: 22, Byggbanken 434
MD 1979: 25, Svenska Riksinsamlingen ..... 419 f, 427
Mål B6/78, KO ./. Electrolux Svenska Försäljningsaktiebolag 467
Mål B10/78, KO ./. Canadaköket AB 467

KO-ärenden

dnr 120/71, KO:s tidskrift 1974: 5 s 17, förpackningsstorlek 432
dnr 579/71, KO:s tidskrift 1971: 1 s 20, Ekströms 441, 450
dnr 727/71, KO:s tidskrift 1972: 2 s 14, Jell-O ..... 428 f

dnr 898/71, KO:s tidskrift 1972: 6 s 17, förpackningsstorlek 432
dnr 1343/71, KO:s tidskrift 1975: 4 s 25, förpackningsstorlek 431
dnr 1425/71, KO:s tidskrift 1972: 1 s 15, förpackningsutstyrsel 430
dnr 2486/71, KO:s tidskrift 1972: 6 s 16, förpackningsutstyrsel 430
dnr 2563/71, KO:s tidskrift 1974: 4 s 19, förpackningsstorlek 432
dnr 446/72, geografiskt ursprung 86
dnr 844/72, KO:s tidskrift 1973: 2 s 19, förpackningsutstyrsel 430
dnr 1535/72, KO:s tidskrift 1973: 5 s 22, förpackningsstorlek 431
dnr 1680/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 28, förpackningsstorlek 431
dnr 2307/72, KO:s tidskrift 1973: 1 s 23, förpackningsstorlek 433
dnr 2654/72, KO:s tidskrift 1973: 4 s 24, förpackningsstorlek 431
dnr 2839/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 27, förpackningsstorlek 431
dnr 2840/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 27, förpackningsstorlek 431
dnr 2841/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 25, förpackningsstorlek 431
dnr 2932/72, KO:s tidskrift 1973: 1 s 21, förpackningsstorlek 431
dnr 2955/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 28, förpackningsstorlek 431
dnr 3355/72, KO:s tidskrift 1973: 6 s 24, förpackningsstorlek 431
dnr 3429/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 27, förpackningsstorlek 431
dnr 3729/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 25, förpackningsstorlek 431
dnr 3944/72, KO:s tidskrift 1975: 4 s 26, förpackningsstorlek 431
dnr 3988/72, KO:s tidskrift 1973: 3 s 27, förpackningsutstyrsel 430
dnr 4177/72, KO:s tidskrift 1974: 3 s 21, förpackningsutstyrsel 430
dnr 966/73, KO:s tidskrift 1974: 1 s 28, förpackningsstorlek 431
dnr 1445/73, KO:s tidskrift 1976: 1 s 5, förpackningsstorlek 431
dnr 1631/73, Blomin ..... 85 f
dnr 2204/73 m fl, KO:s tidskrift 1975: 1 s 16, förpackningsstorlek 432
dnr 2287/73, KO:s tidskrift 1975: 2 s 20, förpackningsstorlek 432
dnr 3013/73, KO:s tidskrift 1975: 4 s 27, förpackningsstorlek 431
dnr 3467/73, KO:s tidskrift 1974: 2 s 12, Kronsaft 420
dnr 40/74, KO:s tidskrift 1974: 6 s 8, Renault-specialisten 341
dnr 1559/74: KO:s tidskrift 1975: 6 s 26, förpackningsutstyrsel 428

dnr 632/75, KO:s tidskrift 1976: 3 s 10, Mercedes-Benz 86, 341
dnr 1271/75, KO:s tidskrift 1976: 4 s 14, "fabriksnya" bildrör ..... 337 f
dnr 3009/75 m fl, KO:s tidskrift 1976: 2 s 11, Bostadsbytescentralen 437
dnr 342/76, KO:s tidskrift 1976: 6 s 4, förpackningsutstyrsel 430
dnr 76/K 1350, Konsument-, rätt & ekonomi 1979: 6 s 44, förpackningsutstyrsel 430
dnr 77/K 3583, Konsument-, rätt & ekonomi 1978: 2 s 35, förpackningsutformning 431
dnr 78/K 3646, Konsument-, rätt & ekonomi 1979: 3 s 37, förpackningsstorlek 431
dnr 79/K 2115, Konsument-, rätt & ekonomi 1979: 5 s 35, Mora knäcke, Mora brungräddat 443
dnr 79/K 2669, Konsument-, rätt & ekonomi 1979: 5 s 33, Maraton/Crescent 338

Danska

UfR 1963 s 120 (= NIR 1966 s 222), LIF = BIF 62
UfR 1963 s 552, Camembæger ..... 420 f
UfR 1968 s 481, förväxling mellan figurmärken 62
UfR 1971 s 267 (= NIR 1972 s 413), utstyrsel av butikslokal 153
UfR 1977 s 563 (= NIR 1978 s 429), Amager Ejendomshandel 131
UfR 1977 s 743 (= NIR 1978 s 428), Løgstør Bladet 131
UfR 1977 s 822 (= NIR 1978 s 439), AW 131
UfR 1977 s 1055 (= NIR 1978 s 431), Falck 131
UfR 1978 s 218, efterbildning 133
UfR 1978 s 821, Hotel Lynggården 131
UfR 1979 s 277, efterbildning 133
UfR 1979 s 339, Kirsebærvinetiketter 131
UfR 1979 s 584, tjurmärken 131
UfR 1979 s 844, ifrågasatt efterbildning 133
UfR 1980 s 166, Babe = Babor 227
NIR 1967 s 110, Poesi = Poesie 258

NIR 1973 s 234, Kings 169
NIR 1976 s 148, Fiesta ≠ Fiesta 257
NIR 1979 s 95, Ipalco = Icopal 286
NIR 1979 s 355 EMI-CBS 334

Finska

NIR 1967 s 323, Esquire = Esquire 258
NIR 1969 s 96, Felica ..... 316 f
NIR 1971 s 434, Sky Bali ≠ Bally 258
NIR 1973 s 247, slavisk efterbildning av båt 134
NIR 1979 s 361, ifrågasatt efterbildning av en klädhängare 134
Marknadsdomstolen 1980: 3, Konkurssipesien
Loppuunmyynti Oy 414, 421

Norska

NIR 1939 s 151, Eno 263
NIR 1973 s 85 268
NIR 1973 s 327, Fluffy = Fluffo 254
NIR 1976 s 219, Datapower och Datakraft 261
NIR 1976 s 220, Leica ≠ Leica ..... 269, 271 f
NIR 1977 s 420, Pana = Panda 216, 231
Rt 1940 s 327, slavisk efterbildning 136
Rt 1959 s 712 (= NIR 1960 s 120), slavisk efterbildning .. 136 f
Rt 1962 s 964 (= NIR 1963 s 204), slavisk efterbildning .. 137
Rt 1971 s 962 (= NIR 1972 s 202), Teem ≠ Teeni 218, 225, 287
RG 1976 s 426, slavisk efterbildning 137
Markedsrådet 1977 nr 8, Top-form ..... 414, 421 ff

Tyska

GRUR 1952 s 420, Gumax = Gumasol 220
GRUR 1954 s 468 274
GRUR 1956 s 179, Ettaler Klosterliqueur 243
GRUR 1956 s 172, Magirus 255
GRUR 1957 s 285, Erstes Kulmbacher 424
GRUR 1957 s 499, Wipp 126
GRUR 1958 s 393, Anker 274

GRUR 1959 s 25, Triumph 255, 274
GRUR 1960 s 83, Nährbier 161
GRUR 1960 s 130, Sunpearl II 158
GRUR 1961 s 280, Tosca 274
GRUR 1963 s 622, Sunkist 158
GRUR 1965 s 601, roter Punkt 140
GRUR 1965 s 676, Nevada ..... 446 ff
GRUR 1966 s 30, Konservenzeichen 140
GRUR 1966 s 38, Centra 140
GRUR 1966 s 267, White Horse ..... 141 f
GRUR 1966 s 623, Kupferberg 274
GRUR 1968 s 550, Poropan 254
GRUR 1969 s 190, halazon 140
GRUR 1971 s 305, Konservzeichen II 158
GRUR 1971 s 573, Nocado 347
GRUR 1973 s 468 (=GRUR Int 1973 s 562), Cinzano 313, 317
GRUR 1973 s 532, Millionen trinken ..... 423 f
GRUR 1973 s 534, Mehrwert II ..... 423 f
GRUR 1975 s 67, Kroatzbeere 161
GRUR 1977 s 614, Gebäudefassade 140, 154
JW 1924 s 722, 4711 245
25 MuW 464 (1925/1926), Odol 245
WRP 1968 s 155, Opal 274
BGHZ 28 s 320, Quick 274

USA

America, in re, 160 USPQ 687 (1969) 379
American Safety Razor Corp v. International Safety Razor Corp, 26 F2d 108, 18 TMR s 386 (1928), 34 F2d 445, 19 TMR 398 (1929) 407
American Washboard Co v. Saginaw Mfg Co, 103 F 281 (1900) ..... 142 f, 389
Arnesen v. Raymond Lee Organization Inc, 172 USPQ 1 (1971) 391
Borden Co v. FTC, 381 F2d 175 (1967) 465
Borden Inc v. Topps Chewing Gum Inc, 173 USPQ 447 (1972) 378

Bourjois & Co, Inc v. Katzel, 260 US 689, 13 TMR 69 (1923) 318
Colligan v. Activities Club of New York, 170 USPQ 113 (1971) 390
Compco Corp v. Day-Brite Lighting Inc, 376 US 234, 54 TMR 223 (1964) ..... 24, 143 f, 152, 154, 181 ff
Continental Wax Corp v. FTC, 330 F2d 475 (1964) .. 416, 425 f
Dawn Donut Co Inc v. Hart's Food Stores Inc, 267 F2d 358, 49 TMR 631 (1959) ..... 399 f
Dunhill of London Inc v. Dunhill Tailored Clothes Inc, 130 USPQ 412 (1961) 206
Du Pont de Nemours & Co v. Celanese Corp, 167 F2d 484, 3 ALR 2d 1213 (1948) 356, 399
Du Pont de Nemours Co, in re, 177 USPQ 563, GRUR Int 1974 s 292 ..... 210 ff
Electrolux Corp v. Val-Worth Inc, 123 USPQ 175 (1959) .. 389
Electronics Corp of America v. Honeywell Inc, 165 USPQ 674 (1970) 389
Ely Norris Safe Co v. Mosler Safe Co, 7 F2d 603 (1925), 273 US 132 (1927) 389
Erie Railroad Co v. Tompkins, 304 US 64, 114 ALR 1487 (1938) 142
Faberge Inc v. Madison Shirt Corp, 192 USPQ 223 (1976) 252
Federal-Mogul-Bower Bearings Inc v. Azoff, 136 USPQ 500 (1963) 144, 295
Florida ex rel Broward Country v. Eli Lilly & Co, 329 F Supp 364 (1971) 391
FTC v. Borden Co, 383 US 637 (1966) 465
Gilliam et al v. American Broadcasting Companies Inc, 192 USPQ 1 (1976) 387, 392
Gold Seal Co v. Weeks, 105 USPQ 407 (1955), 108 USPQ 400 (1956) 378
Goldstein v. State of California, 412 US 546 (1973) 182
Haig & Haig Ltd, ex parte, 118 USPQ 229 (1958) 24
Hancock v. American Steel & Wire Co of New Jersey, 203 F2d 737 (1953) 230
Holland, in re, 192 USPQ 494 (1976) 252
Holloway v. Bristol-Myers Corp, 485 F2d 986 (1973) 388

International News Service v. Associated Press, 248 US 215, 2 ALR 293 (1918) ..... 142 f
Kentucky Fried Chicken Corp v. Diversified Packaging Corp, 193 USPQ 649 (1977) 400
Kiwanee Oil Co v. Bicron Corp, 416 US 470 (1973) 182
Kotzin, in re, 125 USPQ 347 (1960), 52 TMR 55 (1962) 17, 152
L'Aiglon Apparel Inc v. Lana Lobell Inc, 214 F2d 649 (1954) 390
Lightnin Chemical Co v. Royal Home Products Inc, 197 F2d 668 (1952) 230
Mishawaka Rubber and Woolen Mfg Co v. S S Kresge Co, 316 US 203, 32 TMR 254 (1942) 210
Mosler Safe Company v. Ely Norris Safe Company, 273 US 132 (1927) 389
Muelhens & Kropff v. Ferd Muelhens Inc, 43 F2d 937, 21 TMR 423 (1930) 399
Pepsico Inc v. The Grapette Co, 416 F2d 285 (1969) 399
Royal Baking Powder Co v. FTC, 281 F 744 (1922) ..... 447 f
Sears, Roebuck & Co v. Stiffel Co, 376 US 225, 54 TMR 217 (1964) ..... 24, 143 f, 152, 154, 181 ff
Siegel Co v. FTC, 327 US 608, 36 TMR 117 (1946) .. 415 f, 426
Snyder v. Harris, 394 US 332 (1969) 388
State of Florida, Dept of Citrus v. Real Juice Inc, 171 USPQ 66, (1971) 391
Stein & Co v. Liberty Carter Mfg Co, 198 F 959 (1912) .. 230
Waltham Precision Instruments Co et al v. FTC, 327 F2d 427 (1964) 448
Vera Inc v. Todo Imports Ltd, 544 F2d 1167 (1976) 252
Williams & Co Inc v. Williams & Co East, 191 USPQ 563 (1976) 400
Zahn v. International Paper Co, 414 US 291 (1973) 388

Engelska

Eastman Materials Co v. John Griffiths Cycle Corp Ltd, 15 RPC 104 (1898) 245
Revlon Inc et al v. Gripp & Lee Ltd et al, IIC 1980 s 372 .. 318

Schweiz

GRUR Int 1979 s 569 (= IIC 1980 s 245), OMO 322

EG-domstolen

56 och 58/64, Grundig 325
24/67, Parke-Davis 323
40/70, Sirena ..... 329 f
192/73, Kaffee Hag ..... 329 ff
16/74, Centrafarm II ..... 323 f
51/75, EMI-CBS, England ..... 334 f
86/75, EMI-CBS, Danmark ..... 334 f
96/75, EMI-CBS, Tyskland ..... 334 f
119/75, Terrapin-Terranova ..... 328 f, 332
102/77, Hoffman La Roche ..... 325 ff
3/78, Serenid-Seresta ..... 327 f

Varumärken används i dag på så gott som alla konsumentvarumarknader och varumärkena har stor betydelse både för varumärkesinnehavarna och konsumenterna. Den lagstiftning som reglerar användningen av varumärken utgörs numer inte bara av varumärkeslagen utan även marknadsföringslagens regler har betydelse.

Varumärken från konsumentsynpunkt är en rättsvetenskaplig undersökning i vilken flertalet centrala varumärkesrättsliga frågor behandlas. I boken analyseras bl a

- ☐ hur varumärkesskydd uppkommer
- ☐ reglerna om förväxlingsbara varumärken
- ☐ varumärkesskyddets omfattning
- ☐ reglerna om vilseledande varumärken.

Dessutom beskrivs varumärkenas funktioner och effekter.

Lars Pehrson har varit forskarassistent i konsument- och marknadsrätt vid Stockholms universitet och är numer verksam vid en advokatbyrå i Stockholm.

LiberFörlag

ISBN 91-38-05939-8