IUS Mercur

PER JONAS NORDELL

Varumärkesrättens skyddsobjekt

Om ordkännetecknets mening och referens

HD

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
RÄTTSVETENSKAPLIGA INSTITUTIONEN

Skrifter nr 14

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-f432c

VARUMÄRKESRÄTTENS SKYDDSOBJEKT

Per Jonas Nordell

VARUMÄRKESRÄTTENS SKYDDSOBJEKT

Om ordkännetecknets mening och referens

MercurIUS

Adress till förlaget:
Stiftelsen MercurIUS
Handelshögskolan i Stockholm
Rättsvetenskapliga institutionen
Box 6501
113 83 Stockholm

Varumärkesrättens skyddsobjekt. Om ordkännetecknets mening och referens
Per Jonas Nordell
ISBN 91-975084-0-3
ISSN 1104-5310
© 2004 Per Jonas Nordell och Stiftelsen MercurIUS
Omslag: Pontus Castenfors
Produktion: eddy.se ab, Visby 2004
Tryck: Elanders Gotab, Stockholm 2004

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis annat än för privat bruk, utan medgivande av Stiftelsen MercurIUS, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord

Min lektor i filosofi vid Nya Elementars gymnasium, Håkan Kjellin, väckte mitt intresse för 1900-talets språkfilosofi. När jag sedermera som forskare i immaterialrätt kom i kontakt med känneteckensrätten, föddes tanken att filosofi sannolikt har mer gemensamt med känneteckensrättens föremål och utveckling än vad som framkommit inom rättsvetenskaplig forskning.

Undersökningen har genomförs huvudsakligen inom ramen för Centrum för Immaterialrätt och Medierätt vid Handelshögskolan i Stockholm (CIM). Manus presenterades vid ett av CIM anordnat seminarium i november år 2002, med företrädare för skilda områden – akademiker, lagstiftare, ombud, advokater, domare och näringslivsföreträdare. Ett varmt tack riktas till samtliga seminariedeltagare för värdefulla synpunkter och uppmuntran till projektets slutförande.

Jag har några vänner som förtjänar särskilt stora tack. Gunnar Karnell har följt arbetets utveckling under lång tid. De konstruktiva och analytiska diskussioner som förts över denna tid har varit en viktig katalysator för projektets genomförande. Av stor betydelse för mig, särskilt i arbetets slutskede, är Sten Tengelin med allt det intresse och engagemang som han har visat undersökningen. De har båda läst manuskript och lämnat värdefulla synpunkter, såväl generellt som i enskildheter.

Ett generöst stipendium för undersökningens genomförande har givits av Institutet För Rättsvetenskaplig Forskning, vilket möjliggjort studieresor till bland annat det europeiska Harmoniseringskontoret (OHIM) i Alicante och Max-Planck-Institut für Geistiges Eigentum,

Wettbewerbs- und Steuerrecht i München. Tryckningsbidrag har erhållits av AWAPATENT ABs Stiftelse för Främjande av Immaterialrättslig Vetenskaplig Forskning samt av Emil Heijnes Stiftelse för Rättsvetenskaplig Forskning.

Slutligen vill jag rikta varma tack till eddy.se ab för professionell hjälp med sättning och produktion samt till Mirja Colt för ett tålamodsprövande arbete med korrekturläsning av manuskriptet. Återstående korrekturfel må tillskrivas författarens tillägg och ändringar i bokens produktionsskede.

Framställningen speglar den svenska varumärkesrätten under våren år 2004.

Stockholm i april 2004

Per Jonas Nordell

Innehåll

Förord 5

Några förekommande förkortningar 13

1. Kännetecken och kännetecknsrätt 17
1.1 Kännetecknsrättens föremål 20
1.2 Kännetecken och marknad 26
1.2.1 Internationalisering och globalisering 33
1.3 Kännetecknsrättens utveckling 36
1.3.1 1960 års varumärkeslag 44
1.3.2 1993 års revision 47
1.3.3 Varumärkeskommittén 47
1.3.4 Marknadsföringsrätten 50
1.3.5 Sammanfattning 56
1.4 Syfte och metodfrågor 57
1.4.1 Källor och källanvändning 59
1.4.2 Några avgränsningar 61
1.5 Den fortsatta framställningen 66

2. Kännetecknets syften och funktioner 69
2.1 Symbol-, särskiljnings- och individualiseringsfunktionen 72
2.2 Ursprungsangivelsefunktion 77
2.3 Garanti-, kvalitets- och informationsfunktion 84
2.4 Reklamfunktion 92
2.5 Marknadsstyrande funktion och konkurrensfunktion 96
2.6 Sammanfattning och utgångspunkter 100

3. Kännetecknets semantiska föremål och egenskaper 107
3.1 Mening och referens 108
3.1.1 Flera referenser och meningar 109
3.1.2 Polysemi och homonymi 112
3.1.3 Synonymi 114
3.1.4 Endast mening 116
3.1.5 Endast referens 119
3.2 Substantiv 122
3.2.1 Tecken 123
3.2.2 Symbol 126
3.2.2.1 Metafor, attribut, metonymi och emblem 128
3.2.3 Kännetecken 130
3.2.4 Egennamn 132
3.3 Kännetecknets mening och referens 139
3.3.1 Starka och svaga kännetecken och känneteckenskraft 141
3.3.1.1 Primärmening 144
3.3.1.2 Secondary meaning 146
3.3.1.3 Starka och svaga kännetecken 149
3.3.1.4 Känneteckenskraft 150
3.3.1.5 Sammanfattning 151
3.3.2 Närmare om kännetecknets referens 152
3.3.3 Närmare om kännetecknets mening 153
3.3.3.1 Meningens intersubjektivitet 160
3.3.4 Något om den språkfilosofiska utvecklingen efter Frege 165
3.4 Sammanfattning och utgångspunkter 169

4. Skyddsförutsättningar 173
4.1 Skyddets uppkomst 175
4.1.1 Registrering 177
4.1.2 Inarbetning 181
4.1.2.1 Inarbetningskrav 186
4.1.2.2 Inarbetning som krav för registrering 192
4.1.2.3 ”Omedveten” inarbetning 196
4.2 Omsättningskretsen 197
4.3 Särskiljningsförmåga 201
4.3.1 Firma 207

4.3.2 Namn 210
4.3.3 Generiska, deskriptiva och suggestiva kännetecken ... 211
4.3.3.1 Generiska beteckningar 212
4.3.3.2 Deskriptiva och suggestiva kännetecken 215
4.3.4 Bokstavs- och sifferkännetecken 225
4.3.5 Geografiska ord 231
4.3.5.1 Geografiska ursprungsbeteckningar 238
4.3.6 Slagord 242
4.4 Förväxlingsbarhet 247
4.4.1 Förväxlingsbedömningen 251
4.4.1.1 Helhetsintryck och helhetsbedömning 255
4.4.1.2 Särskilda preferenser 257
4.4.1.3 Den bleknande minnesbilden 261
4.4.1.4 Övriga aspekter 263
4.4.1.5 Specialitetsgrundsatsen och produktregeln 264
4.4.1.6 Känneteckenslikhet 267
4.4.1.7 Varuslagslikhet 282
4.4.2 Firma 284
4.4.3 Namn 290
4.4.4 Titelskydd 294
4.4.5 Väl ansedda kännetecken 296
4.4.5.1 Det gällande skyddet för väl ansedda kännetecken 308
4.4.5.2 Regelns tillämpning inom varuslagsområdet .. 319
4.4.5.3 VKs förslag 329
4.4.6 Motivskydd och association som förväxling 332
4.5 Vilseledande kännetecken 339
4.5.1 Vilseledande om egenskap 343
4.5.2 Vilseledande om geografiskt ursprung 345
4.5.3 Vilseledande om kommersiellt ursprung 352
4.6 Förargelseväckande kännetecken m.m. 356
4.7 Urvattning och degeneration 359
4.7.1 Regeneration 367
4.7.2 Federal Trademark Dilution Act 369
4.8 Något om domännamn 371
4.9 Sammanfattning och utgångspunkter 374

5. Ensamrätten 391
5.1 Skyddsomfång 397
5.2 Näringsverksamhet 398
5.3 Åberopande 402
5.4 Reservdelar, tillbehör och service 407
5.5 Konsumtion 413
5.6 Parallellimport 415
5.6.1 Ompaketering 420
5.7 Sammanfattning och utgångspunkter 424

6. Otillbörlig marknadsföring 429
6.1 Näringsverksamhet 433
6.2 Omsättningskretsen 437
6.3 Förväxlingsbedömningen 441
6.4 Vilseledande kännetecken 443
6.4.1 Vilseledande om egenskap 445
6.4.2 Vilseledande om geografiskt ursprung 448
6.4.3 Vilseledande om kommersiellt ursprung 456
6.4.4 Vilseledande efterbildning 459
6.5 Jämförande reklam 466
6.6 Renommésnyltning 478
6.6.1 Renommésnyltning enligt direktivet om jämförande reklam 490
6.7 Misskreditering 492
6.7.1 Misskreditering enligt direktivet om jämförande reklam 496
6.8 Kännetecknesdifferentiering 497
6.9 Kännetecknesutvidgning 502
6.10 Sammanfattning och utgångspunkter 504

7. Sammanfattande analys 513
7.1 Den första hypotesen 513
7.1.1 Referens 517
7.1.2 Mening 519
7.1.2.1 Goodwill som skyddsobjekt 520
7.1.2.2 Mening inom marknadsföringsrätten och uppmärksamhetsvärde som meningsbärare 524

7.2 Den andra hypotesen ... 527
7.2.1 Delhypotesen ... 528
7.2.2 Särskiljningsförmåga ... 532
7.2.2.1 Särprägel och särskiljningsförmåga i marknadsrätten ... 536
7.2.3 Förväxlingsbarhet ... 537
7.2.3.1 Förväxlingsbedömningen inom marknadsrätten ... 543
7.2.4 Förhållandet mellan särskiljningsförmåga, förväxlingsbarhet och inarbetning ... 544
7.2.5 Administrativ och judiciell bedömning – förväxling av mening eller referens ... 549
7.3 Den tredje hypotesen ... 558
7.4 Rättens marknadseffektivitet ... 566
7.4.1 Konkurrentintresset ... 568
7.4.2 Konsumentintresset ... 574
7.4.3 Samhällsintresset ... 579
7.5 Slutord ... 582

Källor ... 587

Åberopad rättspraxis ... 605

Åberopade lagrum i den svenska varumärkeslagen (1960:644) enligt dess lydelse år 2004 ... 619

Kännetecknsregister ... 625

Sak- och personregister ... 633

Några förekommande förkortningar

ABL	Aktiebolagslag (1975:1385)
AK	Auktorrättskommittén
Dir	Direktiv (för statliga utredningar)
Ds	Departementsserien
EES	(EEA) Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska Gemenskapen
EU	Europeiska Unionen
FL	Firmalag (1974:156)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GRUR(/Int.)	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (/Internationaler Teil)
HBL	Lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
ICC	International Chamber of Commerce (Internationella Handelskammaren)
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
IKL	Lagen (1931:152) med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KL	Konkurrenslag (1993:20)

KO	Konsumentombudsmannen
KöpL	Köplag (1990:931)
LEF	Lag (1987:667) om ekonomiska föreningar
LG	Landesgericht
MA	Markenartikel
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslag (1995:450)
MU	Marknadsföringsutredningen
NamnL	Namnlag (1982:670)
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
NJA	Nytt juridiskt arkiv avd. I
NO	Näringsfrihetsombudsmannen
NOp	Näringslivets Opinionsnämnd
OHIM	Kontoret för Harmonisering av den Inre Marknaden (KHIM/OAMI)
PBR	Patentbesvärsrätten
PK	Pariskonventionen av den 20 mars 1883 för industriellt rättsskydd
Prop.	Regeringens proposition (/Kgl. Majt:s Proposition)
PRV	Patent- och registreringsverket
RDPI	Revue du droit de la propriété intellectuelle
RegR	Regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SFS	Svensk författningssamling
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
TMR	The Trademark Reporter
TR	Tingsrätt
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods

URL	Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk
VFU	Varumärkes- och firmautredningen
VK	Varumärkeskommittén
VmL	Varumärkeslag (1960:644)
YGL	Yttrandefrihetsgrundlagen

1. Kännetecken och kännetecknsrätt

> Signs are taken for wonders. 'We would see a sign!'
> The word within a word, unable to speak a word,
> Swaddled with darkness. In the juvescence of the year
> Came Christ the tiger
>
> *T.S. Eliot, Gerontion*

Kännetecken har kommit att öka markant i betydelse under det senaste seklet och den utvecklingen fortskrider stadigt. Det gäller inte bara rent ekonomiskt för företagen och omsättningskretsen, utan också juridiskt sett inom kännetecknens- och marknadsrätten. Utvecklingen har sin grund i samhällsutvecklingen och har medfört att näringsidkarnas intresse kommit att riktas mot de möjligheter som kännetecknet ger för att öka omsättningen.[1] Inom såväl marknadsföringsteori som rättsvetenskap har kännetecknets funktioner, omsättningsmöjligheter, egenskaper och värde kommit att framstå som allt viktigare. Även hos förbrukarna har värderingarna över tid på många sätt ändrats. Konsumentkollektivet ser ut på ett helt annat sätt i dag än vid sekelskiftet 1900. Konsumtionssamhället har åvägabragt en ökad medvetenhet om kännetecknets betydelse, vilken medfört att kännetecknet givits nya egenskaper och funktioner inom marknaden.[2] Mycket har också skett under det halva sekel som den gällande svenska varumärkeslagstiftningen varit ikraft. Inte minst är det nya media som möjliggjort marknadsföring genom exponering av kännetecken på ett sätt som tidigare inte varit möjligt. Detta ger uttryck åt en för hela immaterialrätten tydlig *immaterialiseringstrend*. För kännetecknsrättens del märks den genom att kännetecknen frigörs, inte bara från sina bärare, utan även från sina ursprung.[3] I beaktande härav finns det därför anledning att på flera plan och från skilda utgångs-

---

1 Jfr Pickering, Trademarks in Theory and Practice (cit. Pickering) s. 1.
2 Jfr Michael i MA 1994 s. 22.
3 Troller i Festschrift für Philipp Möhring s. 292 f.

punkter göra mer fördjupade studier av kännetecknesrättens föremål, utveckling och framtid. Med den moderna informationsteknologin har kännetecknet så att säga kommit in i hemmet. Kännetecknet har därmed också ändrat karaktär. Många kännetecken har kommit att bli *världsmärken*[4] eller *premiummärken*[5] som är kända av alla världen över. Med marknadsföring via *Internet* blir därtill – i vart fall teoretiskt sett – all marknadsföring global. Kännetecknet har blivit ett viktigt kommunikationsmedel. Det står i många fall inte bara för egenskaper hos varan och dess kommersiella ursprung, utan även för egenskaper och attityder hos förbrukarna. *Branding* (varumärkeskommunikation), d.v.s. att kommunicera ett varumärke, har blivit en allt viktigare del i en medveten varumärkesstrategi.[6]

Semantiskt sett kan ordet *kännetecken* förklaras som en utmärkande egenskap eller ett särdrag (jfr vidare nedan s. 130 ff.). I juridisk bemärkelse ställs emellertid helt andra, speciella och formella krav. Det skall t.ex. ha s.k. *särskiljningsförmåga*. Det får inte vara *förväxlingsbart* med annans kännetecken. Det får heller inte vara *vilseledande*. Det blir därmed på visst sätt snävare än vad som avses med kännetecken i grammatisk eller semantisk förståelse. Det blir vidare om kännetecken skall omfatta även egennamn vilka ju, till skillnad från vad som gäller inom språkteori, inom kännetecknesrätten – i vart fall i vid bemärkelse – anses utgöra kännetecken. (För den närmare avgränsningen mellan kännetecken och egennamn hänvisas till avd. 3.2.4, nedan s. 132 ff.)

Vad som är *kännetecknets* föremål i *semantisk* förståelse har i och för sig uppmärksammats, i vart fall sedan slutet av 1800-talet. Med utgångspunkt i en rad undersökningar inom ramen för modern språkfilosofi har man där nått mycket långt i beskrivningen av *tecknets*, *ordets*, *egennamnets* och *kännetecknets* semantiska föremål, egenskaper och förmåga. Någon mer utförlig analys av eller diskussion kring vad som är kännetecknesrättens egentliga kärna eller föremål förefaller inte på

---

4 Se Momberg/Ashton, Strategy in the use of intellectual property (cit. Momberg/Ashton) s. 199 ff.

5 Se Borgenhäll i NIR 2000 s. 157.

6 Se Levin/Wessman, Varumärkesrättens grunder (cit. Varumärkesrättens grunder) s. 21 ff.

samma sätt ha utvecklats, även om det på senare tid kan skönjas ett nymornat intresse i den riktningen. Innebörden av ordet *kännetecken* är olika också i juridisk terminologi, å ena sidan, och det allmänna språket, å den andra. Som på så många andra områden, har lagstiftaren valt som term ett ord som förekommer i det allmänna språkbruket, men som genom sin egenskap av just juridisk term får en mycket speciell innebörd. Detta förhållande får kanske särskilt stor betydelse inom detta område, eftersom någon mer utförlig analys av vad som skiljer det juridiska kännetecknsbegreppet från det semantiska inte har företagits.

Immaterialrättigheter förutsätter ett skyddsobjekt. En väsentlig fråga inom samtliga immaterialrättigheter är således bestämningen och avgränsningen av det immaterialrättsligt skyddade *objektet*. *Kännetecknsrätten* utgör en del av *immaterialrätten* och som sådan en del av den *civilrättsliga förmögenhetsrätten*.[7] Emellertid finns inom den kännetecknsrättsliga sfären även moment som närmast är hänförliga till såväl *offentlig rätt* som *marknadsrätt* och *specialstraffrätt*.[8] Till den offentliga rätten hör de delar av kännetecknsrätten som rör registrering av kännetecken. Till specialstraffrätten hör de till kännetecknsrätten knutna straffrättsliga sanktionerna och till marknadsrätten hör främst möjligheterna att förbjuda otillbörliga marknadsföringsbeteenden, men delvis även de konkurrensbegränsningsrättsliga möjligheterna att åtkomma konkurrensbegränsande kännetecknsanvändning. På visst sätt finns också kännetecknsrättsliga aspekter av skilda slag inom näringslagstiftningen och associationsrätten.

Nedan i detta kapitel ges en introduktion till framställningen. Först görs en kort presentation av kännetecknsrättens föremål (avd. 1.1) och kännetecknet i den moderna marknaden (avd. 1.2). Därefter sätts kännetecknet in i sitt historiska sammanhang (avd. 1.3) och i avd. 1.4 behandlas några metodfrågor. Avslutningsvis (avd. 1.5) presenteras den fortsatta framställningen i huvuddrag.

---

[7] Jfr Koktvedgaard, Konkurrenceprægede immaterialretspositioner. Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret (cit. Immaterialretspositioner) s. 189.

[8] Jfr op. cit. s 191.

1.1 Kännetecknesrättens föremål

Kännetecknesrätten ger ett immateriellt rättsskydd åt en rad företeelser med särskiljningsfunktion. Skilda typer av kännetecken regleras enligt svensk rätt genom en rad lagar. I dag utgör *varukännetecknesrätten* den svenska kännetecknesrättens viktigaste del. Den regleras främst i 1960 års *varumärkeslag* (VmL) som ger skydd för varumärken och andra varukännetecken. Varumärkeslagen kompletteras av 1960 års *kollektivmärkeslag*. Enligt 1 § kollektivmärkeslagen kan en förening av näringsidkare förvärva ensamrätt till varumärke eller annat varukännetecken att av medlem användas för varor eller tjänster som han tillhandahåller i sin rörelse. *Firma*, d.v.s. namnet på en näringsverksamhet regleras i 1974 års firmalag (FL). Rätten till *namn* regleras främst i 1982 års namnlag (NamnL), men även genom 1978 års lag om *namn och bild i reklam*. Genom 1970 års lag om skydd för *vapen och vissa andra officiella beteckningar* ges ett särskilt skydd för statsvapen, statsflagga eller annat statsemblem eller statlig kontroll- eller garantibeteckning. Särskilda bestämmelser om skydd för titlar på litterära och konstnärliga verk ges i upphovsrättslagstiftningen. Till kännetecknesrätten i vidare mening kan i dag hänföras även skyddet för *domännamn*, *geografiska ursprungsbeteckningar*, liksom även det skydd som genom *marknadsrätten* ges mot vilseledande eller eljest otillbörligt utnyttjande av annans kännetecken.

Inom varukännetecknesrätten skiljer man mellan *varumärken* och andra *kännetecken*. Även om ordet *varumärke* i dagligt tal – även i juridisk terminologi – vanligen avser såväl *varumärken* som *varukännetecken*, är varumärke i strikt kännetecknesrättslig bemärkelse snävare. Det framgår av en noggrann läsning av bestämmelserna i första kapitlet VmL. I 1 § första stycket VmL anges att ensamrätt till ett *varumärke*, såsom särskilt kännetecken för varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet, kan förvärvas genom registrering. Vad som kan utgöra ett varumärke definieras vidare i 1 § andra stycket VmL till att kunna bestå av alla tecken som kan *återges grafiskt*, särskilt ord, inbegripet personnamn, samt figurer, bokstäver, siffror och formen eller utstyrseln på en vara eller dess förpackning, förutsatt att tecknen kan *särskilja* varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls i

en annan. Av 2 § första stycket VmL framgår att rätten till varumärken erhålls även genom *inarbetning*. I 2 § andra stycket VmL anges sedan att ensamrätt genom inarbetning kan förvärvas också till *andra* särskilda *varukännetecken* som används i en näringsverksamhet. Det betyder således att *varukännetecken* är den övergripande termen för alla registrerade eller inarbetade varukännetecken som skyddas av VmL. Eftersom de flesta kännetecken uppfyller registreringskraven och eftersom dessutom registrerade och inarbetade kännetecken erhåller så gott som enahanda skydd, har skillnaden mellan dessa begrepp vanligen inte någon större praktisk betydelse.[9] När det i undersökningens materiella del är fråga om just *varumärke*, t.ex. i fråga om registreringspraxis, används följdriktigt ordet *varumärke*. Emellertid blir det, från kännetecknensrättslig synpunkt, ändå mest adekvat att tala om kännetecken såsom något som är kännetecknensrättsligt skyddat eller eljest tydligt uppfyller kraven för kännetecknensskydd. I övrigt, t.ex. där fråga om rättsskyddet är oklart, blir det mest adekvat att tala om *tecken* eller, vid registrering, *märke*.[10]

Kännetecknensrättens föremål skiljer sig från andra immaterialrättsligt skyddade företeelser, främst genom att det *representerar något annat än sig självt*. Det har därmed på sätt och vis ansetts inte vara ett objektsskydd i egentlig bemärkelse. Det gör att kännetecknensrättens föremål framstår som något särdeles abstrakt eller immateriellt.[11]

> *Knoph* konstaterade att också firma- och varumärkesrätten hade ett ”ulegemlig objekt. Genstand for retten er icke det papierstykke som firmanavnet er skrevet på eller som gjengir varemerket, men merket som idé eller abstraksjon, der bevarer sin identitet selv om dets enkelte uttrycksformer ikke er ganske ens. Om en uvedkommende derfor reproduserer merket på egen

[9] Jfr Kobbernagel som i en liknande argumentation i stället för ”*kendetegn*” stannade för ”*mærker*” (Konkurencens retlige regulering II (cit. Kobbernagel II) s. 13).

[10] Rent semantiskt klargörs på sätt och vis också denna skillnad. När man talar om att märka en vara så avser ju det något mer hangripligt än att kännetecknа den. I registreringspraxis talas vanligen också om *det sökta märket* för att framhäva att fråga inte säkert är om ett *varumärke*.

[11] Jfr Immaterialretspositioner s. 161.

> hånd, får han icke i den anledning rett til å bruke det, og heller ikke om han forandrer litt på det i kantene.[12]

Denna undersökning syftar för det första till att beskriva kännetecknsrättens *föremål* eller *objekt*, sådant det kommit till uttryck i främst svensk rätt. För det andra, syftar undersökningen till att beskriva hur kännetecknsrätten ger skydd för olika aspekter av det sålunda definierade objektet. Ett tredje syfte, är att undersöka i vad mån det så bestämda objektet och de rättsliga verktyg med vilka det avser att skyddas tillgodoser rättighetshavare och förbrukares intressen i enlighet med kännetecknsrättens syften och funktioner.

En *första och grundläggande hypotes* som undersökningen bygger på är att kännetecknsrätten har två föremål. Det ena utgörs av kännetecknets *referens*, d.v.s. kopplingen mellan kännetecknet och främst *vara*, men därtill även – och i ökande omfattning – dess *kommersiella ursprung*, d.v.s. ytterst kännetecknshavaren. Kännetecknets andra föremål utgörs av dess *mening*, d.v.s. dess *konnotativa* eller *associativa* egenskaper och värden. Hypotesen om *mening* och *referens* bygger på semantisk teori, främst *Freges* åtskillnad mellan ordens *Sinn* och *Bedeutung*. Vad som nedan kallas *mening* respektive *referens* svarar således mot det som *Frege* avsåg med *Sinn* respektive *Bedeutung*.

> Den tyske logikern och språkfilosofen *Friedrich Ludwig Gottlob Frege* (1848–1925) var en föregångsman inom språkfilosofin. Han studerade vid universiteten i Jena och Göttingen, där han disputerade år 1873 på en avhandling i geometri. År 1896 utnämndes han till ordinarie professor i matematik i Jena. *Freges* största vetenskapliga insatser torde vara inom matematiken där han byggde vidare på *Boole*. Hans centrala monografier är hans *Begriffsschrift* (1879), *Grundlagen der Arithmetik* (1884) och *Grundgesetze der Arithmetik I* och *II* (1893 och 1903).[13] Hans år 1892 publicerade artikel om mening och referens. (*Über Sinn und Bedeutung*)[14] är emellertid på många sätt inkörsporten till 1900-talets språkfilosofi och dess mycket

[12] Knoph, Åndsretten (cit. Åndsretten) s. 362, jfr s. 430.
[13] Se Lundahl, Freges Filosofi s. 11.
[14] Frege, Über Sinn und Bedeutung, Ztschr. f. Philos. u. philosos. Kritik, NF 100, 1892, S. 25 ff.

omfattande språkfilosofiska debatt, vilken förts vidare främst av *Wittgenstein*, men också av *Russel*, *Quine*, *Carnap*, *Husserl* m.fl. och därtill även inom semiotiken (jfr nedan s. 165 ff.).

Den i dag till synes vanligaste översättningen till svenska av *Bedeutung* är *betydelse*.[15] Emellertid har förekommit att *Sinn* har översatts med *betydelse* medan *Bedeutung* översatts med *beteckning*,[16] vilket kan skapa förvirring. Jag har av det skälet valt den angivna terminologin: *mening* respektive *referens*. Med inspiration från anglosachsisk språkfilosofi talas oftast om samma fenomen som *konnotation* och *denotation*.[17] När det snarare framstår som lämpligare att tala om *denotation* eller att ett ord *denoterar* respektive *konnotation* eller att ett ord *konnoterar* (vilket modalt sett anger mer av en *riktning* än en egenskap) används i stället den terminologin. För att undvika missförstånd, används således orden *mening* och *referens* i denna framställning vanligen inte såsom eljest i gängse språkbruk, utan huvudsakligen som språkfilosofiska termer. För att undvika missförstånd, kursiveras *mening* och *referens* alternativt *denotation* och *konnotation* när det är det som avses.

Eftersom det inte gjorts någon skillnad av detta slag mellan kännetecknets *mening* och *referens* i nordiskt källmaterial, kan det ibland vara svårt att riktigt förstå vad som är ämnat att avses med kännetecknets *betydelse*, en term som ofta återkommer i motiv och doktrin. Även om därmed som regel synes avses *mening*, kan det, såsom den fortsatta framställningen avser att förklara, understundom leda fel, att förbehållslöst sätta likhetstecken mellan *betydelse* i dessa sammanhang och *mening*.[18]

---

[15] Se Wedberg, Filosofins historia. Från Bolzano till Wittgenstein, (cit. Wedberg) s. 125; Frege, Skrifter i urval (cit. Frege) s. 34 och v. Wright, Logik, filosofi och språk. Strömningar och gestalter i modern filosofi (cit. v. Wright) s. 172.

[16] Jfr Andersson/Andersson/Thompson, Filosofi för Gymnasieskolan s. 12 f.

[17] Jfr Regnéll, Semantik, 2 uppl., (cit. Regnéll) s. 53, vilket då undantagsvis svarar mot de även i dag inom såväl semantiken som semiotiken använda begreppen *konnotation* och *denotation*.

[18] Till saken hör att såväl i lagmotiv (se t.ex. SOU 1958:10 s. 103) som i doktrinen traditionellt har talats om kännetecknets *betydelse*, varmed närmast synes förstås ett slags *mening* i vidare bemärkelse, men som understundom kan uppfattas som att även omfatta *referens* (se t.ex. Holmqvist, Varumärkens särskiljningsförmåga (cit. Varumärkens särskiljningsförmåga) s. 35, där Holmqvist talar om sekundärbetydelse och det inte klart framgår om det är de uteslutande *meningsbärande* förhållandena som avses).

Utgångspunkten i *Freges* språkfilosofi var att ord kunde ha både *mening* och *referens*. Med *referens* avses objekten i mängden som ordet *refererar* till, d.v.s. varje företeelse som hör till ordets logiska omfång eller *extension*. Om man talar om ett ords *referens* i största allmänhet, utan att tänka på ett särskilt användningstillfälle, är det alltså ordets omfång som avses, d.v.s. mängden av alla existerande föremål som det kan *åsyfta*, *referera* till eller *denotera*.[19] Ordet *stol refererar* således till alla stolar som existerar i sinnevärlden. Med *mening* avses däremot de *associationer* eller *kvaliteter* som kan förknippas med ordet. *Stol* är t.ex. något att *sitta på*. Ordets *mening* är därmed detsamma som ordets *innehåll* eller *intention* för alla dem som kan skapa sig en uppfattning om dess *meningsinnehåll*.[20]

Undersökningen syftar således till att beskriva hur kännetecknsrätten i vidare bemärkelse kan utgöra skydd för *mening* och *referens*.[21] Härvid prövas hur väl hypotesen om kännetecknets *mening* och *referens* som objekt för kännetecknsrätten, passar in i traditionella kännetecknsrättsliga beskrivningar av kännetecknsrättens objekt. Undersökningen avser sedan att *materiellt pröva* vilka skyddsmöjligheter som tillhandahålls för skydd av *mening* och *referens* inom ramen för den gällande svenska kännetecknsrätten. Detta ger underlag för överväganden om den gällande svenska kännetecknsrätten tillgodoser marknadens anspråk på ett effektivt kännetecknsrättsligt skydd.

Den andra hypotesen är att *mening* och *referens*, sedda över tid, fått nya och andra innehåll. Tydligast verkar vara att utvecklingen har gått, och alltfort går, mot att kännetecknets *mening* blir allt mer framträdande

---

[19] Jfr franskans *dénoter* som kan översättas till *kännetecknа*.

[20] Se Regnéll s. 58; Holmqvist, Degeneration of Trade Marks. A Comparative Study of the Effects of Use on Trade Mark Distinctiveness (cit. Degeneration of Trade Marks) s. 68 f.

[21] Man skulle härtill kunna ifrågasätta om inte undertiteln på denna undersökning egentligen borde ha varit omvänd, d.v.s. *Om ordkännetecknets referens och mening*, eftersom *referensen* enkelt tar utgångspunkt i kännetecknets särskiljningsförmåga (se vidare nedan avd. 4.3), medan dess *mening* avser mer komplexa sammanhang om uppfattningar, associationer och värden, vilka därtill kan påverka kännetecknets *referens*, men som också har karaktären av att framstå som ett objekt i sig för skyddet, vilket kommer i fråga först sedan *referensen* är säkerställd. Emellertid har jag, av förklaringsmässiga och delvis även så att säga estetiska skäl, valt att ansluta titeln till Frege.

medan dess *referens* i allt högre grad tenderar att träda tillbaka eller marginaliseras. Medan den äldre kännetecknsrätten utgått endast ifrån att, genom en av det allmänna tillförsäkrad registrering av kännetecken, skapa och upprätthålla en *referens* mellan kännetecken och de varor för vilka kännetecknet tjänar som särskiljningsobjekt, har utvecklingen inom kännetecknsrätten gått mot ett allt starkare skydd för den *mening* som kännetecknet genom inarbetning kunnat tillskapa. Denna *mening* har i kännetecknsrätten huvudsakligen kommit att kallas *goodwill*, men kan avse även annat.[22] Sedda över tid har skilda legala verktyg använts för att tillgodose kännetecknshavarens intresse av att skydda den *mening* som initialt eller genom inarbetning tillförts kännetecknet. I detta hänseende är senare EG-rättslig praxis intressant, kanske särskilt eftersom utvecklingen på skilda sätt förefaller gå mot ett ökat skydd för kännetecknets *mening*. Av särskilt intresse för svensk rätt är också den utveckling som skett inom ramen för den s.k. marknadsföringslagstiftningen, där ett, genom Marknadsdomstolens (MD) praxis under senare år, stärkt skydd mot renommésnyltning och vilseledande efterbildningar kan iakttas.

En *delhypotes* är också att *referensen* tenderar att avse nya företeelser. Medan den tidigare kunde uppfattas som relativt entydig till att skapa en koppling mellan kännetecken och vara och därmed medelbart till ett visst kommersiellt ursprung, kan *referensen* i dag i större eller mindre grad ses som en koppling endast till ett kommersiellt ursprung. Det gäller särskilt i fråga om notoriskt kända kännetecken. Vilka varor som sedan kännetecknas, blir av mindre vikt. Å andra sidan ses en trend att kännetecken används som handelsvaror. I så fall står ju kännetecknet inte nödvändigtvis för ett visst kommersiellt ursprung. I samband härmed kan också erinras om det i doktrinen uppmärksammade sakförhållandet att ett kännetecken i ökad omfattning tenderar att uppfattas som ett objekt i sig.[23] I så fall kommer kännetecknet att *referera* till sig självt och därmed framstå som ett immaterialrättsligt *metaobjekt*. Det kan

[22] Jfr t.ex. Knoph som pekade på värdet i själva rörelsen (forrettningsverdi) (Åndsretten s. 363).
[23] Jfr Stuevold Lassen, Oversikt over norsk varemerkerett, annen utgave (cit. Oversikt) s. 7.

också antas att kännetecken i sådana situationer kan komma att *referera* till en viss kvalitet eller vissa egenskaper.

En tredje hypotes av mer konkret slag, är att olika aspekter av skydd för kännetecknens *referens* och *mening* kommit att – på till synes ganska oklara grunder – regleras på skilda sätt enligt svensk rätt.

1.2 Kännetecken och marknad

Inom den företagsekonomiska nomenklaturen, skiljs vanligen mellan *trademarks* och *brands*, där med *trademark* avses närmast själva *varumärket*, medan med *brand* förstås något vidare. Det avser snarast varumärket inklusive dess *goodwill* eller den *styrka* som kännetecknet har i den marknadsposition som produkten har. Det kan bli liktydigt med kännetecknshavarens eller varans totala prestation och relationer.[24] Detta ger också uttryck åt en utveckling som påverkar kännetecknsrätten och som kommer att göra sig allt starkare påmind.[25] Det som behöver skydd är inte själva kännetecknet, utan vad det står för i en marknadssituation och den som blir ytterst ansvarig för skyddet i en sådan är kännetecknshavaren.

Traditionellt har varukännetecken ansetts skilja sig från andra immaterialrättigheter genom att de inte är resultat av ett konstnärligt eller intellektuellt arbete. I dag kan man emellertid kanske överväga det riktiga i det. Naturligtvis har många kännetecken tillkommit mer eller mindre slumpmässigt och utan närmare överväganden. Allt vanligare blir dock att kännetecken tillkommer som ett resultat av ett mycket långsiktigt och medvetet utvecklingsarbete som visserligen i många fall kan ses skilt från dess slutgiltiga uttryck i ett visst kännetecken. Redan 1936

[24] Enligt the American Marketing Associations definition är ett *brand* ”a name, term, sign, symbol, or design, or a combination of them intended to identify the goods or services of one seller or group of sellers and to differentiate them from those of competitors.” Se härtill Kotler/Armstrong som utvidgar definitionen till att avse även *attributes, benefits, values, culture, personality* och *user* (Marketing Management s. 404 f.). Se härtill även defintionen i Håkansson/Wahlund, Varumärken från teori till praktik s. 9 ff.

[25] Jfr Klein, No Logo: Taking aim at the brand bullies (cit. No Logo).

konstaterade *Knoph* att ”[n]år det ikke er medført eller laget av publikum, trenges det riktnok både kunstnerisk og kundepsykologisk forståelse for å lage dem. Men selv om prestasjonen er mindreverdig i så måte, blir rettsvernet ett og det samme. Noe annet er att hvis varemerket er ett virkelig kunstverk, nyter det også vern”.[26] För att visa att kännetecknensrätten vilade på en liknande rättsgrund som andra andliga skapelser, var det enligt *Knoph* vidare nödvändigt att göra en liten ”digresjon og stanse et øjeblikk ved noen begreper som spiller stor rolle i moderne erhvervsliv, nemlig *forrettningsverdi og goodwill*.”[27]

> Ett kännetecken som är inarbetat brukar sägas ha förvärvat ett *mervärde* eller *egenvärde*.[28] Detta mervärde avser det ekonomiska värde som uppkommit för kännetecknet genom marknadsföring, d.v.s. vad som investerats i kännetecknet utöver kostnader för att ta fram kännetecknet, registreringskostnader m.m. Mervärdet brukar ofta även uttryckas som *goodwill*,[29] vilket snarast tar sikte på hur kännetecknets mervärde uppfattas av omsättningskretsen eller allmänheten. I stället för *goodwill*, ett ord som tidigare uttryckligen användes i lagen, talas i dag som ett resultat av implementeringen av EGs varumärkesdirektiv om *väl ansedda* kännetecken (6 § andra stycket VmL). Ofta talas, främst inom marknadsföringslagstiftningen, synonymt härmed om *välrenommerade* kännetecken. På senare tid har MD också i ökande omfattning börjat tala om ett *uppmärksamhetsvärde* hos konsumenterna.[30] Att ett kännetecken förvärvat *goodwill*, är *välrenommerat* eller är *väl ansett*, behöver emellertid inte innebära att det avser särskilt exklusiva varor, utan närmast att det står för varor med en jämn och förutsebar kvalitet. Vissa synnerligen starkt inarbetade kännetecken kan kallas *Kodakmärken*.

---

[26] Åndsretten s. 361 (not 1).

[27] Op. cit. s. 363; jfr härtill också Immaterialretspositioner s. 184 ff.

[28] Jfr Riis i NIR 2000 s. 18; Immaterialretspositioner s. 15 och 161 ff.; Madsen, Markedsret Del 2, 4. udgave (cit. Markedsret) s. 130.

[29] Jfr Immaterialretspositioner s. 164 ff.

[30] Se härom Nordell, Marknadsrättens goodwillskydd (cit. Marknadsrättens goodwillskydd) s. 22 ff.; Rosén i Festskrift til Mogens Koktvedgaard s. 484 samt vidare nedan avd. 7.1.2.2, s. 524 ff.

Enligt den moderna varumärkesteorin existerar kännetecknet ofta i förbrukarens medvetande.[31] Varumärket har kommit att uppfattas inte bara som ord- eller figurkännetecken, utan även som företagsidentitet, design, personlighet, d.v.s. allt det som gör kännetecknshavaren synlig. Ett sådant kännetecken kan inte uppstå på annat sätt än genom marknadspenetration – inarbetning. Genom medveten och långsiktig bearbetning av omsättningskretsen, förvärvar kännetecknet således successivt vissa avsedda kärnegenskaper. Inom företagsekonomin talar man därför ofta om att *bygga* varumärken.[32]

I en *marknadsföringsstrategi* måste en rad överväganden göras med hänsyn tagen inte bara till varukännetecknet, utan även till arten av varor som skall kännetecknas och dem som avses handla med varorna eller tjänsterna – *omsättningskretsen*. Till att börja med måste klargöras om marknadsföringen av en vara eller en tjänst över huvud taget skall göras under något särskilt kännetecken. Vidare måste ställning tas till om varje vara skall märkas, eller om endast vissa varor skall märkas och om endast ett kännetecken skall användas, eller om flera, t.ex. såväl särskilda varukännetecken, såsom en firmadominant, skall användas. Därtill måste övervägas om endast en eller flera produkttyper skall bära ett och samma kännetecken.[33] Ett övervägande som också kan göras, är om det är ett eget kännetecken, som skall användas, eller om det är fråga om någon annans kännetecken – på basis av varumärkeslicensavtal, merchandisingavtal eller franchiseavtal eller eljest – som skall användas, och vem som i så fall skall bära kostnader och risker för det, liksom i övrigt fördelning av rättigheter och befogenheter mellan rättighetshavare och nyttiggörare. Detta är några av rättighetshavarens ställningstaganden utifrån vad han vill tillskapa och avsätta.

Valet av kännetecken har sedan betydelse för dess skyddsvärdighet och skyddsomfång. Ett bra kännetecken skall vara lätt att minnas, lätt

---

[31] Jfr Varumärkesrättens grunder s. 26.

[32] Se Melin, Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken (cit. Varumärkesstrategi), dens. Varumärket som strategisk tillgång (cit. Varumärket som strategisk tillgång).

[33] Jfr Kotler/Armstrong, Principles of Marketing, Fifth Edition, (cit. Principles of Marketing) s. 260 ff.

att uttala på flera språk, fantasibetonat så att det direkt uppfattas som särskiljande och ha en hög penetrationsförmåga.[34] Vissa grundläggande krav ställs på kännetecknet för att alls kunna skyddas. Det måste ha *särskiljningsförmåga*. Om t.ex. kännetecknet är deskriptivt eller generiskt, kan det inte skyddas. Ett kännetecken kanske kan vinna skydd för vissa varor eller varuslag, men inte för andra. Vissa kännetecken är dessutom bättre ägnade i sig som kännetecken än andra. Kännetecken med större distinktivitetsgrad kan få ett mer omfattande skydd än sådana som är mindre distinktiva.

Kännetecknet får dessutom inte vara *förväxlingsbart* med annans kännetecken. Kännetecknesskyddet och skyddets omfattning kan sedan vara beroende av hur det används inom marknaden. I vissa fall kan t.ex. skydd vinnas endast efter inarbetning och graden av inarbetning kan få betydelse för kännetecknets skyddsomfång. Kännetecknenshavarens val av kännetecken kan medföra avsevärda konsekvenser om hans handlande inte svarar mot de faktiska förutsättningarna för hans handlingar och hans tillhandahållande av varan. Konsekvenserna har att göra med vem kännetecknenshavaren är, vad han vill, varifrån han kommer och vad han garanterar. Men det har också att göra med till vem han riktar sig liksom omsättningskretsens kunskaper, förväntningar och möjligheter att ta till sig information.

Kännetecknenshavaren måste också vårda sitt kännetecken och de investeringar som gjorts i det. När kännetecknet är inarbetat och har en stark position inom marknaden, kan investeringarna i kännetecknet utnyttjas för egen produktutveckling och varumärkesutvidgning. De kan även lägga grunden för licensiering av kännetecknet, men samtidigt kan det i många fall bli känsligt för yttre påverkan. Här får avtal med kännetecken som objekt allt större betydelse. Det kan slutligen bli begärligt för andra att utnyttja det mervärde som kan ha skapats i kännetecknet. I värsta fall kan det – genom eget eller annans missbruk – urvattnas eller helt degenerera.[35]

---

[34] Se Levin i NIR 1995 s. 466; jfr SOU 2001:26 s. 160; Varumärkesrättens grunder s. 27.

[35] Jfr Varumärkesrättens grunder s. 36.

I och för sig blir ett varukännetecken i väsentlig grad vad som genom produktutveckling, marknadsföring, serviceåtaganden m.m. kommer att knytas till det. Det kan alltså, fyllas med olika slags *mening*.

> Ett på många sätt talande exempel som givits av *Armstrong* och *Kotler* är den moderna parfymindustrin där man i en marknadsföringsprocess vanligen börjar med att definiera målgruppen. Den tänkta produkten skall t.ex. spegla en viss livsstil eller ett förhållningssätt till verkligheten. För att målgruppens livsstil eller önskade livsstil skall svara mot den avsedda produkten, är det viktigt att produkten har form, färg, kännetecken och marknadsförs på det sätt som effektivast svarar mot den avsedda livsstilen. När dessa komponenter väl är utarbetade kan en doft som svarar mot produkten väljas och slutligen fylla produkten med innehåll.[36]

Här ses en väsentlig skillnad mellan varukännetecknets föremål och användningsområde sådant det såg ut för ett sekel sedan och hur det ter sig i dag. Då framstod själva namngivningen närmast som sekundär och det namn som valdes då, var ofta deskriptivt eller eljest av underordnad betydelse. Om någon möda nedlades på namngivningen, var det en nära till hands funnen benämning på varan – något kolonialt eller exotiskt, något deskriptivt, något modernt eller något annat nära till hands liggande. Det som var primärt var att varan åsattes ett namn – vilket som helst – d.v.s. att kännetecknesrätten i många fall uppfattades närmast som formell och valet ofta tangerade det generiska. I dag framträder varukännetecknet som allt viktigare. Det gäller inte minst i förhållande till andra kännetecken såsom firma och namn (se härom nedan avd. 1.3).

I den juridiska doktrinen har, av naturliga skäl, kännetecknet alltid beskrivits utifrån sig självt och definierats som det av lagen skyddade *objektet*. Inom den företagsekonomiska marknadsföringsteorien tar man däremot som utgångspunkt för undersökning och analys hellre funktionen, d.v.s. objekt som *de facto* kan fungera som kännetecken inom en marknad. Symptomatiskt verkar vara att medan kännetecknesrätten och semantiken i stor utsträckning ägnar sig åt att beskriva hur något – ett kännetecken – är beskaffat eller språket *fungerar* eller vilka

[36] Jfr Principles of Marketing s. 251 ff.

egenskaper det har, ägnar sig den del av företagsekonomin som studerar kännetecken främst åt att beskriva hur man skall göra för att *åstadkomma* något – ett *starkt varumärke*. Således talas om *varumärkesbyggande*,[37] om *strategic brand management*,[38] om *varumärkesstrategier*[39] och *om positionering*,[40] eller *brand planning*. Hur detta något sedan ser ut och vilka egenskaper det har, utgår således främst ifrån vad som har gjorts eller inte gjorts och hur det har gjorts för att åstadkomma ett visst resultat. Intressant är hur som helst att det i båda fallen talas om *varumärken*, även om de har olika innebörd. Också allmänhetens uppfattning skiljer sig såväl från det juridiska som företagsekonomiska kännetecknesområdet. Här saknas enligt min uppfattning en diskussion om kännetecknets minsta gemensamma nämnare, d.v.s. det som är kännetecknets gemensamma egenskaper inom *kännetecknesrätt*, *språkfilosofi* och *marknadsföringsteori*, liksom vad som hos *förbrukarna* anses vara ett kännetecken. Det är först när den är definierad som en beskrivning av kännetecknesrättens föremål kan göras och ett effektivt kännetecknesskydd kan åstadkommas.

Forskningen i kännetecknesrätt, såväl i Norden som internationellt, har under lång tid varit ett relativt eftersatt område. Medan frågorna om ensamrättens *föremål* kommit att utredas och teoretiseras inom andra av immaterialrättens områden – främst upphovsrättens och patenträttens – har forskningen om kännetecknesrättens objekt undersökts endast sporadiskt och översiktligt. Man kan fråga sig varför det blivit så, och varför intresset blivit eftersatt för att försöka väva samman kännetecknets objekt med behovet av ett materiellt kännetecknesrättsligt skydd, på samma sätt som bestämningen av t.ex. konstens föremål försökt sättas i relation till dess upphovsrättsliga skyddsförutsättningar. Det kan bero på att konstnärliga och litterära verk länge uppfattats som omfattade av ett allmänintresse, medan intresset för kännetecken varit ett särintresse för berörda näringsidkare och ett marginellt föremål för konsumenterna

[37] Jfr Varumärket som strategisk tillgång samt Varumärkesstrategi.

[38] Jfr Keller, Strategic Brand Management. Building, Measuring, and Managing Brand Equity (cit. Keller).

[39] Jfr Murphy, Brand Strategy (cit. Murphy); Varumärkesrättens grunder s. 21 ff.

[40] Se Allmänt, Varumärkesstrategi.

i deras sökande efter rätt vara. Intresset för de konstnärliga och litterära skapelserna är eller har i vart fall således varit långt mer allmängiltigt och allomfattande än det som gällt för kännetecken.

I dag kan dock iakttas ett tydligt ökat allmänintresse för reklam och därmed också för kännetecknet som reklambärare. Det märks givetvis tydligast inom näringslivet.[41] Men även inom omsättningskretsen och dess konsumentled kan ett påtagligt nymornat intresse för kännetecknens egenvärde, betydelse och funktioner iakttas. Det torde i stor utsträckning ha att göra med ett ökande intresse för media i allmänhet och media som kulturyttring i synnerhet.[42] Inte heller har samma oenighet som inom upphovsrätt och patenträtt, uppkommit om vilken terminologi som skall användas och vilka metoder som skall tillämpas för bedömning av skyddsvärdigheten av kännetecken. Tekniskt sett liknar emellertid distinktionen mellan kännetecken och objektet för kännetecknsrätt på många sätt skillnaden mellan vad som under lång tid ansetts vara konst inom de sköna konsterna å ena sidan och vad som varit att anse som ett konstnärligt verk inom upphovsrätten. Ett tydligt problem som konstaterats i den upphovsrättsliga verksdebatten har varit de svårigheter som uppstått när det skall fastställas vad som är ett verk i immaterialrättslig bemärkelse till skillnad från vad som är konst eller litteratur i konst- eller litteraturvetenskap. Vad som är konstnärligt eller litterärt har ju diskuterats av människan i årtusenden. Vad som är ett namn eller ett kännetecken och vilka egenskaper detta namn eller kännetecken kan ha, kan visserligen ha en långt äldre historia och vara länge diskuterat, men det är först under 1900-talet som de varit föremål för utförlig och ingående analys inom vetenskapen – främst språkfilosofin. På liknande sätt är också i dag de krav på vad som skall skyddas som en uppfinning mycket tekniska och artspecifika och skiljer sig därmed väsentligen från vad som i allmänna ordalag kan antas falla inom ett sedan århundraden av den breda allmänheten uppfattat uppfinningsbegrepp.

---

[41] Tydliga tecken i Sverige härpå är tillkomsten av tidskriften Brand News som följer kännetecknsrättens i vid mening utveckling.

[42] Jfr Levin som konstaterat att varumärken och kännetecken under senare år väsentligt har accentuerat i ekonomisk och kulturell betydelse (SOU 2001:26 s. 19).

1.2.1 Internationalisering och globalisering

Eftersom immaterialrättigheter – inte minst känneteckenskyddade varor och tjänster – ägnar sig väl för handel över landsgränser, är det av handelspolitiska skäl viktigt att alla länder som omfattas av handeln kan tillförsäkra ett effektivt skydd för kännetecknen. Detta åstadkoms genom internationella konventioner och – för den Europeiska marknaden – genom direktiv och förordningar och avgöranden från EG-domstolen. Av grundläggande betydelse är den s.k. *Pariskonventionen* för industriellt rättsskydd av år 1883 (PK), vilken också innehåller regler om otillbörlig konkurrens. PK har reviderats vid ett flertal tillfällen, senast i Stockholm år 1967. PK bygger på principerna om *minimiskydd*, d.v.s. den lägsta skyddsnivå som medlemsländernas lagstiftning skall upprätthålla, *nationell behandling* (art. 2 PK), d.v.s. att medlemsländerna måste bereda annat *konventionsland* minst lika omfattande rättsskydd som ges åt egna medborgare samt *konventionsprioritet*, d.v.s. att tidpunkten för en ansökan om varumärkesregistrering som görs i en medlemsstat skall gälla även om ansökan görs senare i en annan medlemsstat.[43] Bestämmelserna om kännetecken finns i PKs art. 6–9.[44]

När den s.k. *Uruguay-rundan* av det dåvarande GATT-avtalet (*General Agreement on Tariffs and Trade*)[45] initierades, kom immaterialrättigheter upp på agendan. I samband därmed ombildades GATT till en världsomspännande handelsorganisation, under vilken det. s.k. TRIPS-avtalet (*Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), som således reglerar förutsättningarna för handel mellan länder med immaterialrättigheter, lyder.[46] Avtalet antogs år 1994 tillsammans med de andra avtalen i den nybildade Världshandelsorganisationen (WTO) och trädde i kraft år 1996. Såväl EU som dess medlemsländer är avtalsparter. Avtalet förpliktar medlemsländerna att upprätthålla den

[43] Se Oversikt s. 455 f.

[44] Se Morcom/Roughton/Grahm, The Modern Law of Trade Marks (cit. The Modern Law of Trade Marks) s. 499 ff.

[45] Se härom Bernitz, Internationell marknadsrätt s. 18 ff.

[46] Se Gervais, The TRIPs Agreement, Drafting History and Analysis; Beier/Schricker (Hrsg.), From GATT to TRIPs.

skyddsnivå som följer av den senaste texten av PK. Liksom PK bygger TRIPS på principen om nationell behandling. Den bygger liksom GATT-avtalet också på s.k. mest-gynnad-nationsbehandling, vilken liknar principen om nationell behandling och innebär att varje förmån i fråga om immaterialrättsligt skydd som en medlemsstat beviljar vilken som helst annan medlemsstats rättssubjekt skall medges rättssubjekten i alla andra medlemsländer. Avtalets materiella bestämmelser om kännetecken finns i dess andra avdelning, art. 15–21, bland annat bestämmelser om vilka tecken som skall kunna skyddas som varumärken, om ensamrättens omfattning och om sanktioner.

På det Europarättsliga planet är rådets första direktiv (89/104/EEG) av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (Varumärkesdirektivet) av central betydelse. Direktivet innehåller bestämmelser om harmonisering av skyddet för registrerade varumärken. Härtill kommer Rådets förordning nr 40/94 (EG) av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken (Varumärkesförordningen), vilken reglerar registreringen av gemenskapsvarumärken (EG-varumärken).

Någon världsövergripande konvention finns inte på marknadsrättens område, men här bör nämnas *Internationella Handelskammarens* (ICC) *Grundregler för reklam och säljfrämjande åtgärder.* De är i praktiken antagna av alla ledande näringslivsorgan och har inte bara haft betydelse för utformningen av den svenska marknadsföringsrätten, utan har också kommit att spela en viktig roll som tolkningsunderlag i MDs dömande verksamhet. På det Europarättsliga planet bör nämnas även direktivet 84/450/EEG om vilseledande reklam, vilket ändrats genom direktiv 97/55/EG av den 6 oktober 1997 så att detta omfattar jämförande reklam (Direktivet om jämförande reklam). Trots att ICCs grundregler inte har någon formell status, har de haft betydelse i harmoniseringsarbetet med den gemensamma marknadsföringsrätten. Om reglerna för marknadsföring inom Europa var strängare än vad som gällde internationellt, skulle det naturligtvis kunna ge upphov till obalans i handeln med länder utanför den gemensamma marknaden.

Geografiska ursprungsbeteckningar skyddas såväl enligt PK (art. 10.2) och TRIPS (art. 22–24) [47] som enligt den s.k. *Madridöverenskommelsen* om undertryckande av oriktiga ursprungsbeteckningar på handelsvaror och den s.k. *Lissabonöverenskommelsen* om skydd för ursprungskännetecken och sådanas internationella registrering. Båda är tillkomna inom ramen för Parisunionen och har längre gående förpliktelser än PK. Sverige har tillträtt endast Madridöverenskommelsen.[48] Vissa geografiska ursprungsbeteckningar skyddas genom EGs förordning om skydd för geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel.[49] För alkoholhaltiga drycker finns särskilda förordningar som reglerar skyddet för sådanas geografiska ursprung.[50]

Det omfattande harmoniseringsarbetet inom EU, liksom tillkomsten av WTO, är viktiga faktorer i arbetet med strävandena att åstadkomma en effektiv handel mellan länder. I det perspektivet bör uppmärksammas det växande motståndet mot den s.k. *globaliseringen*, vilket kommit till uttryck i samband med protestaktioner mot toppmöten inom såväl WTO och EU som den s.k. G8-gruppen.[51] Debatten om globalisering fokuserar i hög grad på den tilltagande världshandeln. Kritiken mot globaliseringen av ekonomin tar sikte huvudsakligen på den decentraliserade produktionen och bristande miljömedvetande. Utgångspunkten är att frihandeln gynnar stora multinationella märkesföretag som av ekonomiska skäl flyttar tillverkningen till länder i tredje världen där lönerna är låga och där hänsyn inte behöver tas till social säkerhet och ar-

---

47 Se Levin i SOU 1993:59 s. 664 f.; Knaak i GRUR Int. 1995 s. 642; The Modern Law of Trademarks s. 508 ff.

48 Se härom Levin, ”Made in Sweden”. Vilket skydd behövs i dag för geografiska ursprungsbeteckningar? (cit. ”Made in Sweden”) s. 24; dens. i SOU 1993:59 s. 660, 664 och 670 ff. samt Bellander, Vilseledande om geografiskt ursprung s. 20 ff.

49 Rådets förordinng nr 2081/92 (EEG) av den 14 juli 1992 om skydd för geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel.

50 Rådets förordning nr 1493/1999 av den 17 maj 1999 om den gemensamma organisationen av marknaden för vin samt Rådets förordning nr 1576/89 av den 29 maj 1989 om allmänna bestämmelser för definition, beskrivning och presentation av spritdrycker.

51 Se allmänt om Globalisering, Micklethwait/Wooldridge, Global. Reportage från en värld i förändring.

betsmiljö, något som medför att klyftorna växer mellan länder. Globaliseringen anses också intensifiera exploatering av naturresurser och arbetskraft, på bekostnad av miljön och konsumenten. En del av kritiken går nämligen ut på att de stora kännetecknenshavarna, genom effektiv marknadsföring, försöker tillskapa en oeftergivlig lojalitet, särskilt hos unga konsumentgrupper, vilka betraktar sin identitet som summan av de märkesvaror som de konsumerar, och att märkesföretagens verksamhet i utvecklingsländerna inte på något sätt bidrar till en högre levnadsstandard, utan uteslutande till tillskapande och vidmakthållande av starka kännetecken. I denna protest mot globaliseringen har den kanadensiska journalisten *Klein* kommit att inta en särställning, genom sin bok *No Logo*,[52] i vilken hon beskriver hur varukännetecken, genom medvetna strategier, tränger in i alla delar av inte bara massmedia, utan även samhället i stort.[53]

1.3 Kännetecknesrättens utveckling

För att kunna förstå varför kännetecknesrätten har fått den utformning som den har i dag och vad som är kännetecknets rättsliga föremål och dess skilda funktioner och syften, liksom även varför den kan ha kommit att utvecklas till något delvis nytt under senare tid, krävs en viss uppfattning om kännetecknesrättens utveckling över tid. Här ges endast en skissartad och väsentligen förenklad översikt över relevanta förhållanden som lett fram till den i dag gällande svenska kännetecknesrätten.

Kännetecknesrättens ursprung finns i rätten till ett namn[54] och namn antas ha funnits så länge människan har haft ett språk.[55] Rätten till namn har ett närmast mytiskt ursprung. Redan i 1 Mos. 2 kap. berättas om hur Herren förde markens alla djur och himlens fåglar till *Adam* för att se

[52] Klein, No Logo.

[53] Se Bovallius och Toivio i Holger/Holmberg (red.), Identitet – om varumärken, tecken och symboler (cit. Identitet) s. 22.

[54] Jfr Åndsretten s. 370.

[55] Jfr SOU 1960:5 s. 34.

vad han skulle kalla dem; ”ty såsom mannen kallade var levande varelse, skulle den heta. Och mannen gav namn åt alla boskapsdjur, åt fåglarna under himlen och åt alla markens djur.”[56] I 1 Mos 4:1–17 berättas vidare om hur Herren lät märka *Kain* med ett märke i pannan så att alla skulle känna igen honom.[57] Människan förvärvade snart kunskapen att kännetecknа även andra föremål, kanske med inspiration av dessa båda särskiljningstyper. Under antiken var det brukligt att sköldar och hjälmar märktes med bärarens särskilda kännetecken. Under medeltiden återupptogs detta bruk och de medeltida riddarna prydde sina sköldar, hjälmar och standar med sitt vapen.[58] I staden Pisa tillkom så år 1286 en lag i vilken stadgades straff för den som använde annans vapen.[59] En annan form av kännetecken som torde ha lika stor betydelse för varukänneteckensrättens utveckling, var bruket att märka ägodelar, djur, virke och strandfynd.[60] En tredje form av märken är konstnärers och hantverkares signering av sina verk och alster. Redan vid 1200-talet fanns enligt Bjärköarätten en plikt att använda märken vid försäljning av varor.[61] Under medeltidens skråväsende var det också brukligt att hantverkarna som var medlemmar i hantverksgillet märkte sina varor med ett särskilt, av gillet godkänt, märke så att det skulle vara möjligt att härleda ursprunget ifall t.ex. kvalitetsbrister uppdagades.[62] Under skråväsendets senare tid blev praktiskt taget alla tillverkare av varor skyldiga att märka

---

[56] Jfr härtill Mollerup, The Marks of Excellence. The History and Taxonomy of Trademaks (cit. The Marks of Excellence) s. 16.

[57] Jfr Pawlo, En tandlös tiger. En kritisk studie av införandet av användningstvång i svensk varumärkesrätt s. 5. Skillnaden mellan de båda från gamla testamentet angivna exemplen är slående. Medan den förra typen av tecken är av samma slag som vanliga substantiv och egennamn, är den senare *monoreferentiell*, d.v.s. av samma slag som ortnamn och firmor (se härom nedan s. 169 f.). Observeras kan härtill, att de båda exemplen snarast ger uttryck för en namnplikt och inte en namnrätt, något som i de flesta rättsordningar förefaller ha långt äldre rättsgrund än namnrätten (jfr Åndsretten s. 372).

[58] Jfr Pickering s. 37.

[59] Kohler, Das Recht des Markenschutzes s. 19; Tisell, Om varumärkesskydd och varumärken (cit. Tisell) s. 8).

[60] Rikliga exempel från antik och medeltida rätt liksom från svenska landskapslagar och annan nordisk rätt ges av Tisell s. 9 ff.

[61] Se SOU 1958:10 s. 29.

[62] Se Kohler, Warenzeichenrecht s. 15 ff.; jfr SOU 1958:10 s. 29 och Pickering s. 37 f.

sina varor, varigenom de iklädde sig ansvar för varans egenskaper.[63] Under merkantilismen tillkom genom skrå-, hall-, fabriks- och hantverksordningarna en mängd stadganden som påbjöd märkning, huvudsakligen i syfte att kontrollera att tillverkningen ägde rum i föreskriven ordning. Till dem anslöt sedermera enligt 1734 års lag en särskild straffbestämmelse i 11:1 HB i syfte att upprätthålla kontrollsystemets effektivitet.[64]

I och med att hantverken industrialiserades, övergick kännetecknen till fabriks- eller handelsmärken för att på detta sätt ange tillverkarens förhållande till produkten samt för att kunna bibehålla och utvidga kundkretsen på ett sätt som inte gärna varit möjligt att göra personligen.[65] Under 1800-talet utvecklades i liberalismens anda den privaträttsliga ensamrätten till varumärken, delvis genom omvandling av äldre offentligrättsliga detaljregler om skyldighet att märka varor. Namnrätten och firmarätten, präglades emellertid då fortfarande av det allmännas absoluta krav på namnplikt, vilket började framstå som allt mer omotiverat.[66]

Övergången till näringsfrihet märks i svensk rätt kanske tydligast genom 1848 års fabriks- och hantverksordning samt 1864 års näringsfrihetsförordning. För varumärkesrättens del kommer den till uttryck i 1862 års kungörelse angående upphörande av stadgandet om vissa inhemska fabrikstillverkningars och hantverksvarors förseende med tillverkningsstämpel m.m.[67] Enligt förordningen skulle det följaktligen an-

---

63 SOU 1958:10 s. 29; jfr Mollerup i Identitet s. 31 f.

64 ”Hvar som sätter annar handtverkares märke å sitt arbete, böte femtijo daler. Finnes dher i flärd eller fals, plichte ther til som sagdt är.” Bestämmelsen överfördes 1858 till 38 § i förordningen om förfalskning m.m. och infördes som 22:16 i 1864 års strafflag (jfr härtill SOU 1958:10 s. 51).

65 Jfr Tisell s. 15.

66 Jfr Åndsretten s. 375 och 390. Knoph konstaterade även att både i gamla dagar och ’nu för tiden’ tanken om ”almänheten stadig i underbevisstheten, når kjennetegnenes rett skal ordnes, og selv om den ikke gir sig tilkjenne som virkelig firma- og merkeplikt, fører den iallfall inn et visst offentligrettslig element i rettigheten som man ikke har maken til i resten av åndsrtten (Åndsretten s. 368).

67 K. M:ts nåd. Kung., ang. upphörande af stadgandet om vissa inhemska Fabrikstillverkningars och Handtverksvarors förseende med tillverkningsstämpel, m.m.; d. 13 juni 1862.

komma på fabriks- och hantverksidkarna själva att, om de fann så för gott, på sina arbeten anbringa egna stämplar eller märken och offentligen tillkännage dessa stämplars eller märkens utseende och beskaffenhet.[68]

Genom rätten till *firma* kunde näringsidkaren med ensamrätt använda sitt eget namn som beteckning även för sin näringsverksamhet.[69] Härigenom gavs möjlighet att utnyttja det goda rykte som var förknippat med namnet också i en näringsverksamhet. Det tydliggör hur firmarätten var en naturlig och på sätt och vis nödvändig utveckling av namnrätten.[70] Även om någon materiell rätt till firma inte fanns enligt 1887 års firmalagstiftning, synes man redan dessförinnan ha utgått ifrån att det fanns en tyst förutsättning att en sådan fanns. Enligt *Eberstein* var denna, oberoende av uttryckligt lagstadgande, inte någon individualrätt, utan hade firman själv till föremål. Det var inte tvivel om att det var namnets ekonomiska värde som åstadkommit att rätten till firma kunnat av sig själv, utan uttrycklig auktorisation, framväxa och som givit den dess gestaltning. Namnet hade framstått såsom ett självständigt föremål med ett förmögenhetsvärde.[71] Firma reglerades fram till ikraftträdandet av 1974 års FL i 2 kap i 1887 års lag om handelsregister, firma och prokura. Regleringen av firma i den lagen visar tydligt hur firma uppfattades som en formell beteckning för näringsverksamheten och på den funktion som firma hade att för allmänheten säkerställa vem som stod bakom företaget. Firmans kännetecknensrättsliga aspekter var enligt själva lagen vid den tiden således av helt sekundärt slag. Så småningom väcktes emellertid medvetenheten om att firman, använd på visst sätt, kunde ha varukännetecknensrättsliga egenskaper.[72]

---

[68] Jfr SOU 1958:10 s. 51.

[69] Enligt 1884 års varumärkeslag skulle namnet på en näringsidkares fastighet också ha samma ställning som släktnamn och firma (jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 270); jfr Åndsretten s. 485.

[70] Jfr Götting i Festgabe für Friedrich-Karl Beier s. 233 ff.; dens. Persönlichkeitsrecht als Vermögensrechte s. 76. Detta förklarar varför det för ca ett sekel sedan föll sig naturligt att behandla läran om namn och firma inom ramen för en och samma monografi (se Eberstein, Bidrag till läran om namn och firma enligt svensk rätt (cit. Läran om namn och firma) s. 4 ff.).

[71] Läran om namn och firma s. 41.

[72] Se op. cit. s. 54 f.

> Namnrättens utveckling är intressant i sig på grund av dess starkt personlighetsrättsliga prägel och därmed för dess tacksamhet som verktyg för att befästa skilda rättsfilosofiska uppfattningar. Namnrätten såsom ensamrätt kan sägas ha kommit till uttryck först som en äganderätt. Var och en skulle ha en oinskränkt rätt till sitt eget namn och tredje mans oauktoriserade användning skulle därför kunna förbjudas för alla sammanhang. [73] I den känneteckensrättsliga doktrinen kring sekelskiftet 1900 poängteras också tydligt att känneteckensrätten var att anse som en personlighetsrätt,[74] d.v.s. ett slags individualitetsrätt. På det sättet lever ett skydd av det slaget vidare i upphovsrättens *droit moral* enligt 3 § URL liksom i dess titelskydd (50 § URL) och den koppling som känneteckensrätten därtill ger genom att titlar och konstnärsnamn utgör registreringshinder enligt 14 § VmL och 10 § FL (jfr nedan avd. 4.4.3–4). Ett slags modern hybrid av en sådan personlighetsrätt är också den särskilda straffrättsliga lagstiftningen om namn och bild i reklam. Även om den skyddar alla personer, är det emellertid uppenbart att den kommit att få bärkraft främst till skydd för kända personer som förvärvat ett renommé. Namnet och porträttbilden har ju genom reklamen eller eljest kommit att få ett *uppmärksamhetsvärde* och därigenom förvärvat känneteckensegenskaper.

Firmarätten framstod snart som otillräcklig som grund för ett effektivt varukänneteckensrättsligt skydd. Den industriella produktionens utveckling och de allt bättre lagrings- och transportmöjligheterna medförde att rätten måste kunna utsträckas till ett geografiskt område långt utanför tillverkningsorten.[75] För att vidmakthålla namnet och firmans *garantifunktion*, d.v.s. att garantera kvalitet och ursprung (se härom nedan 2.3), måste skyddet således utsträckas till att gälla även andra produkter som salufördes inom ramen för näringsverksamheten. Därmed fick *varukännetecknet* ökad betydelse. Det individualiserade alltså ursprungligen förhållandet mellan varan och dess egenskaper. Varukännetecknet blev därmed huvudsakligen en ren sakbenämning,[76] men kom så små-

[73] Jfr op. cit. s. 4 ff.
[74] Se Kohler, Warenzeichenrecht s. 1 ff.; jfr Götting i Festgabe für Friedrich-Karl Beier s. 233 ff.
[75] Jfr Stuckel, Die Integrität von Marke, Ware und Verpackung s. 7 och Pickering s. 39.
[76] Jfr Tisell s. 15.

ningom att utsträcka sig till att avse något mer – en länk mellan konsument och tillverkare. Det finns således ett nära samband mellan utvecklingen av immaterialrätten och den samhällsekonomiska utvecklingen från privilegiesystem över merkantilismens statsdirigerade näringsreglering till liberalismens näringsfrihet och dagens marknadsekonomi.[77]

Liksom vad gäller förmögenhetsrätten i stort, har den svenska kännetecknensrätten i betydande utsträckning påverkats av tysk rätt och särskilt den tyska lagstiftning som i stor skala tillkom efter det tyska rikets enande år 1871. Således antogs redan år 1874 en, för hela Tyskland gällande, varumärkeslag. Det stora framsteget med den tyska lagen var att skyddet inte grundades på användning, utan i stället tillerkändes den första anmälaren.[78] Även om den lagen hade många brister, blev den inspirationskälla för en rad andra europeiska länder, däribland England (1875), Schweiz (1879), Danmark[79] och Holland (1880), Portugal (1883), Norge och Sverige (1884). Bristerna i den tyska lagen utgjordes då främst av att det saknades nyhetsgranskning, liksom en central registreringsmyndighet. Därtill saknade lagen möjligheter till skydd för ordmärken i alla former. Dessa brister kom emellertid snart att täckas.[80]

I Sverige togs det stora steget från ett tvångsmärkningssystem av varor med grund i merkantilismen till en privaträttslig kännetecknensrätt genom 1884 års lag om skydd för varumärken.[81] Varumärkesskydd uppkom enligt 1884 års lag genom registrering (1 § 1884 års varumärkeslag). Några krav på inarbetning fanns inte och någon närmare insikt om att en sådan tilldelning av en formell rätt måste ske enligt andra principer än för fast egendom fanns inte heller.[82] Enligt 1884 års varumär-

---

[77] Jfr Ebersteins konstaterande att såväl firmalagen som namnförordningen saknade materiella bestämmelser. Lagarna ägde ett annat huvudsyfte, nämligen att ge den yttre formen enligt vilka den av lagarna oberoende firma- och namnrätten hade att utveckla sig (Läran om namn och firma s. 37); jfr Bernitz m.fl., Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens 8 uppl. (cit. Immaterialrätt) s. 187 f.

[78] Se Kohler, Warenzeichenrecht s. 38 ff.

[79] Se Koktvedgaard/Wallberg Varemærkesloven og Fællesmærkeloven, 2. udg. (cit. Koktvedgaard/Wallberg) s. 3.

[80] Se Kohler, Warenzeichenrecht s. 45 f.

[81] Jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 258.

[82] Jfr op. cit. s. 259 och Oversikt s. 190.

keslag ansågs varumärket vara närmast ett tillbehör till den rörelse i vilken det användes. Om rörelsen överläts, övergick även rätten till de kännetecken som begagnades för rörelsen.[83]

Skyddet enligt 1884 års varumärkeslag var, i likhet med den tyska lagen, ursprungligen begränsat till *figurmärken*.[84] I 4 § 1 stadgades nämligen att varumärket inte fick registreras om det bestod endast av siffror, bokstäver eller ord som inte utmärkte sig genom så egendomlig form, att märket kunde anses såsom figurmärke. Det ansågs vid den tiden inte lämpligt att ge en ensamrätt till användning av det allmänna språket.[85] Emellertid fanns enligt en övergångsbestämmelse i 15 § i 1884 års varumärkeslag möjlighet för näringsidkare som vid lagens ikraftträdande lovligen brukade särskilt märke, och som viss tid efter det att lagen trätt ikraft ansökt om registrering, att hindra annan från att använda märket, även om det endast eller huvudsakligen bestod av siffror, bokstäver eller ord, vilka inte utmärkte sig genom egendomlig form.[86]

Redan år 1897 utvidgades skyddet för varumärken till att omfatta även ordmärken som då kunde anses såsom särskilt uppfunna benämningar för de varor som ansökan avsåg.[87] Ett visst skydd för ord fanns också redan i 1884 års varumärkeslag genom hindret i 4 § 2 mot registrering av annans namn eller firma eller namnet på fast egendom. Firmarättens nära samband med varumärkesrätten gjorde sig således redan här tydligt, genom att ett kännetecken som utgjorde firma också kunde

---

83 SOU 1958:10 s. 36.

84 Jfr Åndsretten s. 413 och 419.

85 Se Förslag till lag angående skydd för varumärken. Utarbetat av de dansk-norsk-svenska kommitterade, 1882 (cit. 1882 års motiv) s. 17 ff. och 25; Tisell s. 29; jfr Pehrson i Ånd og Rett s. 807 och Uggla i NIR 1955 s. 24; jfr också den i engelsk rätt på motsvarande grunder länge förhärskande synnerligen skeptiska inställning till möjligheten att registrera ordmärken. (I Englands varumärkeslag av 1875 godkändes för registrering endast ”a distinctive device, mark, heading, label or ticket” till vilka emellertid kunde fogas bokstäver, ord eller figurer, något som kommit att få betydelse för engelsk varumärkesrätt långt in i modern tid).

86 Jfr SOU 1958:10 s. 275.

87 Jfr Åndsretten s. 421; Eberstein i TfR 1910 s. 415 och härtill, Koktvedgaard i TfR 1987 s. 317; även Pehrson i Ånd og Rett s. 807; Uggla i NIR 1955 s. 25; SOU 1958:10 s. 52 (I Tyskland genomfördes motsvarande reform år 1894).

vara ett varukännetecken och därmed omfattas av varumärkeslagstiftningen.[88]

I 1 § sista stycket i 1884 års varumärkeslag angavs ursprungligen att varumärke *anbringas på själva varan eller på kärl eller emballage i vilket varan förvaras*. Den legala varumärkesrätten sträckte sig vid den tiden alltså inte utanför detta område.[89] Med tiden fick man emellertid upp ögonen för hur varukännetecknet kunde frigöras från sin materiella bärare och således peka direkt tillbaka på varumärkeshavaren. Även om tillämpningsområdet inte ansågs tillgodose ensamrättens grundläggande syften, var det först genom en ändring av varumärkeslagen år 1931 som detta stycke ströks.[90] Samtidigt företogs en ändring av 12 § där det straffbara området för varumärkesintrång utvidgades till att *inte uteslutande* omfatta den som obehörigen satte annans varumärke eller firma på sina varor eller saluförde varor, vilka honom veterligen blivit obehörigen märkta, *utan även* den som obehörigen brukade annans sådan beteckning på anslag, skylt eller därmed jämförlig anordning eller i annons, cirkulär, prospekt, priskurant, bruksanvisning eller annan affärshandling.[91]

Registrering var länge en nödvändig förutsättning för skydd av varukännetecken i Norden,[92] och är internationellt sett fortfarande vanligen en nödvändighet för varumärkesskydd i snävare bemärkelse. Även om det i praxis tillerkänts ett skydd genom inarbetning, togs det första steget mot ett uttryckligt *inarbetningsskydd* i Sverige genom att det år 1934 i 4 § 6 i 1884 års varumärkeslag infördes ett stadgande, enligt vilket varumärke inte fick registreras om det var ”helt och hållet likt eller lätt kan förväxlas med märke som redan är här i riket för annan inarbetat såsom i handeln gällande varukännetecken.” Skyddet gällde endast inom varuslaget.[93] Bestämmelsen motiverades närmast av den år 1925

---

[88] Jfr Oversikt s. 4.

[89] Jfr op. cit. s. 1 och 4 samt Åndsretten s. 447.

[90] Prop. 1930:215; Heiding, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken (cit. Heiding) s. 40.

[91] Prop. 1930:215; Heiding s. 40.

[92] Jfr Oversikt s. 190.

[93] Se SOU 1932:32 s. 31 ff.; prop. 1934:4 s. 40 ff.

i PKs Haagtext införda art. 6bis om skydd för notoriskt kända märken (jfr härom vidare nedan s. 299 f.). Någon rätt för inarbetaren att inskrida mot annans användning av det inarbetade, men oregistrerade, kännetecknet fanns emellertid inte.[94] Det andra och principiellt intressanta steget mot ett inarbetningsskydd togs år 1942 genom införandet av bestämmelsen i 9 § i 1931 års lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (IKL). Bestämmelsen stadgade straff för den som i näringsutövning använde namn, firma, varumärke, utstyrsel eller annat kännetecken i uppsåt att framkalla förväxling med ett här i riket inarbetat kännetecken för annans näringsverksamhet eller däri utbjudna varor eller prestationer. 9 § IKL gällde alltså inte uteslutande registrerade varumärken. Även sådana som inarbetats skulle kunna skyddas.[95] Redan av uttrycket *kännetecken* skulle framgå att viss *särskiljningsförmåga* krävdes. Regelns placering kan förklaras av den differentiering som fanns i synen på det skydd för varumärken som tillhandahölls genom registrering å ena sidan och det skydd som skulle ges åt dem vid intrång.[96]

1.3.1 1960 års varumärkeslag

Sett till marknadsutvecklingen, är det kanske främst efter tillkomsten av 1960 års VmL som utvecklingen kommit att gå från *varumärke* till *marknadsvara*. Begreppsväxlingen är komplex, men samtidigt slående. Varukänneteckensrättens grundförutsättningar avser samtliga varor, men vissa av dem har kommit att framstå som mer skyddsvärda än andra. Det gäller främst s.k. *märkesvaror* – oavsett varuslag och marknadsomständigheter. Varumärkes- och firmautredningen (VFU) konstaterade i motiven till 1960 års VmL att en revolutionerande utveckling hade ägt rum i fråga om både produktion och distribution av varor under de drygt sjuttio år som gått sedan den då gällande varumärkeslagen träd-

[94] Jfr SOU 1958:10 s. 53. Viss hänsyn hade emellertid i praxis tagits redan före ikraftträdandet av 4 § 6 varumärkeslagen till inarbetade oregistrerade kännetecken (se NJA 1929 s. 44 (Tenax) och NJA 1932 A 575 44 (Wilco).

[95] Prop. 1942:257 s. 17; jfr härtill Holmqvist i NIR 1975 s. 260.

[96] Jfr härtill SOU 1958:10 s. 37 f. och 54.

de ikraft. Den industriella produktionen hade slagit under sig allt större områden och märkesvaror hade kommit att spela en allt större roll. Utvecklingen mot ökad försäljning av märkesvaror på olika områden var resultatet av flera samverkande faktorer. En förutsättning för märkesvarusystemet konstaterades vara masstillverkning. Genom de rationaliseringar i tillverkningen och ökade forsknings- och utvecklingsarbete som massdistributionen möjliggjorde, skapades förutsättningar för förbättrad kvalitet och lägre priser. Ett villkor för massdistributionen var att varan, genom effektiv reklam, kunde nå efterfrågan i allt vidare konsumentkretsar. Jämsides med den industriella och kommersiella utvecklingen hade också en motsvarande utveckling skett på reklamens område. Varumärket var ett nödvändigt moment i den moderna ekonomins massproduktion och -distribution.[97]

1960 års VmL utarbetades i nära nordiskt samarbete och innebar att stora likheter uppnåddes mellan de nordiska varumärkeslagarna. Även 1974 års firmalag tillkom i nordiskt samarbete, men motsvarande rättslikhet som på varukänneteckensrättens område uppnåddes denna gång inte.[98] Varumärkeslagarna i Finland, Norge och Sverige har sedan inte ändrats i sina huvuddrag. Däremot har de blivit föremål för partiella ändringar och översyn, främst som följd av varumärkesrättens anpassning till åtaganden gentemot EG/EES och vissa andra internationella åtaganden. Den viktigaste ändringen torde vara anpassningen till EGs varumärkesdirektiv.[99] I Danmark antogs år 1991 dock en helt ny varumärkeslag,[100] vilken emellertid inte heller den avviker i sina grunddrag från de övriga nordiska ländernas varumärkeslagar.

Den största materiella nyordningen med 1960 års varumärkeslagstiftning, sedd till kännetecknets objekt, var att det skydd som tidigare funnits för inarbetade kännetecken i 9 § IKL överfördes till ett inarbetningsskydd i egentlig bemärkelse (se nedan s. 183) och införandet av

---

97 SOU 1958:10 s. 46 f.; jfr Heiding s. 15.

98 Se prop. 1974:4 s. 111 f.

99 Rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar.

100 Se Koktvedgaard/Wallberg s. 3.

den s.k. *Kodakdoktrinen* i 6 § VmL med möjligheter till skydd utöver varuslagslikhetsområdet (se nedan s. 300 ff.). Härigenom kom båda dessa företeelser således att omfattas även av det rent civilrättsliga kännetecknsskyddet. I och med överföringen av 9 § IKL till 1960 års VmL möjliggjordes också registreringsskydd för utstyrslar.

Enligt 1884 års varumärkeslag omfattades figurkännetecken alla varuslag. Däremot kunde ordkännetecken registreras endast för särskilt angivna varuslag. Först genom 1960 års reform infördes ett klassregistreringssystem i egentlig bemärkelse. Begränsningen till vissa varuslag hade inte kunnat hindra sökande från att till ansökan foga varuförteckningar över stora antal varugrupper, vilket visat sig skapa trängsel i registret, med följd att det blivit allt svårare att få igenom nya registreringar.[101] Klassregistreringssystemet kompletterades i 1960 års lag med vissa regler om användningstvång.[102]

Som ett resultat av att den materiella kännetecknsrätten skulle omfattas av varumärkeslagen, omvandlades de delar av 9 § IKL som gällde vilseledande varukännetecknsanvändning till 35 § VmL. Av primär betydelse här är kanske bestämmelsen i 35 andra stycket VmL. Enligt den får förbud meddelas, där varukännetecken är vilseledande eller innehavare av varukännetecken eller annan med dess medgivande använder kännetecknet på sådant sätt, att allmänheten vilseleds. Även om tanken med den bestämmelsen var att åtkomma vilseledande kännetecknsanvändning, kom den aldrig att få någon praktisk betydelse. Förklaringen härtill kan ha varit, dels att det ankommer på allmän åklagare att föra talan om förbud, dels att det i motiven påpekades att bestämmelsen skulle ha betydelse på det principiella planet och att man inte räknade med att bestämmelsen skulle komma att tillämpas i praktiken annat än i undantagsfall och med varsamhet (se härom vidare nedan s. 342).[103] Emellertid har de kanske något olyckligt formulerade motivuttalandena i motiven till VmL, lett till ett i stora delar effektivt skydd mot vilsele-

[101] Se SOU 1958:10 s. 35.

[102] Se härom Levin, Noveller i varumärkesrätt (cit. Noveller) s. 41 ff., Pawlo i NIR 1998 s. 4 ff. och Oversikt s. 161 ff.

[103] SOU 1958:10 s. 327; prop. 1960:167 s. 172; jfr Nordell i NIR 1992 s. 499.

dande genom möjligheterna till förbud enligt marknadsföringslagstiftningen (se vidare nedan s. 52 och s. 445).[104]

1.3.2 1993 års revision

Ett antal grundläggande förändringar gjordes i VmL som effekt av Sveriges tillträde till EES genom införlivandet av EGs varumärkesdirektiv med varumärkeslagstiftningen.[105] Det gällde bland annat avgränsningen av vilka kännetecken som kunde vara varumärken, vad som var registreringshinder och grunder för att upphäva rätten, vilka rättigheter som var knutna till ett varumärke och att märket måste användas för att registreringen inte skulle kunna upphävas (användningstvånget). Eftersom direktivet harmoniserar endast skyddet för registrerade varumärken, kom vissa bestämmelser om kännetecken, främst 5 § VmL och 6 § FL inte att ändras vid den revisionen, något som vållat vissa – ibland avsevärda – tillämpningssvårigheter.[106]

1.3.3 Varumärkeskommittén

Ändrade marknadsstrukturer och marknadsföringsmetoder har väckt frågan om det inte vore motiverat att se över den nordiska känneteckenslagstiftningen i grunden. Också de problem med överensstämmelsen mellan varumärkesrätten och firmarätten, vilka successivt kommit i dagen, synes ha motiverat överväganden om att, efter tyskt mönster,[107] sammanföra varumärke och firma i en lag. Med hänsyn till den utveckling som ägt rum, har frågan om en översyn av lagen förts fram i olika sammanhang, bland annat vid det XXII Nordiska mötet för industriellt rättsskydd år 1994.[108] Den svenska regeringen tillsatte därför i oktober 1997 en kommitté – Varumärkeskommittén (VK) – för att göra en sam-

[104] Jfr Marknadsrättens goodwillsskydd s. 51 ff.
[105] Se Ds 1992:13 och prop. 1992/93:48.
[106] 6 § FL ändrades dock i enlighet med 6 § VmL redan 1995.
[107] Jfr Fezer, Markenrecht, 2 Aufl. (cit. Fezer) s. 106 ff.
[108] Se NIR 1994 s. 516 f.; jfr Carlson i NIR 1998 s. 580.

lad översyn av den svenska kännetecknensrätten. Motsvarande utredning har skett i Finland och Norge.

I direktiven till VK[109] uttalades, att det kanske allra viktigaste skälet till en översyn av lagstiftningen på kännetecknensrättens område var den betydande utveckling och förändring av kännetecknens funktion och av affärs- och distributionsformer som ägt rum sedan de nordiska lagarnas tillkomst år 1960. Denna utveckling hade enligt direktiven gjort att kännetecknensrätten fått en helt annan innebörd än tidigare.[110]

Kommitténs uppdrag omfattade enligt direktiven en fullständig genomarbetning av den svenska kännetecknensrätten. Det var angeläget att bibehålla nordisk rättslikhet på varumärkesrättens område. Vid överläggningar mellan de nordiska länderna överenskoms också att översynen skulle göras i nordiskt samarbete. Därvid skulle kommittén sträva efter att åstadkomma inte bara principiellt likartade lösningar, utan också regler med samma sakliga innehåll och även likartad avfattning. Det eftersträvades en redaktionellt sett enhetlig utformning av lagarna.[111]

När det gällde innehållet i sak var det enligt direktiven viktigt att överväga *förprövningssystemets* utformning. Den tämligen omfattande materiella förprövningen i de nordiska länderna skilde sig från vad som gäller på många håll internationellt. Kommittén skulle därför överväga om granskningen borde begränsas och avse t.ex. bara *de absoluta registreringshindren*. Oavsett vilken bedömning som skulle komma att göras i förprövningen, skulle kommittén ändå överväga om det var möjligt och lämpligt att införa en ordning där en registrering kunde hävas i administrativ ordning.[112]

En viktig fråga för varumärkesrätten var, enligt direktiven, hur den borde vara samordnad med andra ensamrätter, kanske främst firmarätten. Skilda typer av kännetecken ansågs kunna ha delvis likartade funktioner inom marknaden. Så hade varukännetecken och näringskännetecken blivit allt mer överlappande utan att varuslags- och branschlik-

[109] Dir. 1997:118.
[110] Op. cit. s. 7.
[111] Op. cit s. 7 f.
[112] Op. cit. s. 8.

hetsbegreppen samordnats. Kommittén skulle därför undersöka vilka samordningsbehov som fanns och hur en lämplig ordning kunde uppnås i detta avseende.[113]

En särskild fråga som fått ökad aktualitet var användningen av varumärkesrättigheter inom globala digitala nätverk. Kommittén skulle också överväga om det i något avseende fanns anledning att reglera detta i en ny varumärkeslag.[114]

VK uppmärksammade de flesta av de ovan beskrivna utvecklingslinjerna inom kännetecknensrätten. Ett primärt syfte för utredningen var att överväga kännetecknensrättens nya behov och att ge underlag med förslag till en kännetecknenslagstiftning som svarade mot moderna föreställningar om kännetecknets funktion och syften. VK konstaterade att produktutvecklingstakten ständigt hade ökat och att livscykeln för enskilda produkter förkortats. Ett annat förhållande var att företagen strävade efter att minska sina produktsortiment, vilket kunde möjliggöra längre produktionsserier och mindre lager. Detta hade lett till att produkter i allt större utsträckning förpackas i enhetliga internationella förpackningar, vilket i sin tur krävde att varumärket var enahanda i alla länder där produkten såldes. En annan utvecklingstendens var koncentrationen inom distributionsledet och faktum att dagligvaruhandeln tagit över distributionen av många produkter som tidigare såldes endast genom fackhandeln. Stora kedjor hade vuxit fram inom dagligvaruhandeln och de internationaliserades i ökande takt. Det förelåg en tendens för kedjorna att profilera sig och bland annat detta ledde till att det skapades starka varumärken för själva kedjan. I fråga om marknadsföring som riktade sig till professionella förbrukare, framhölls bland annat tendensen att producenterna försökte marknadsföra inte endast en produkt eller en tjänst utan ett system av produkter eller tjänster. Det fanns också en del leverantörer, vilka snarare hade ett behov av skydd för ett näringskännetecken som kännetecknade företaget som sådant än av ett varumärke som kännetecknade företagets olika varor och tjänster.[115]

---

[113] Op. cit. s. 9 f. (jfr ovan).
[114] Op. cit. s. 10; se om kommitténs arbete vidare Carlson i NIR 1998 s. 580 ff.
[115] SOU 2001:26 s. 19.

VK föreslog i sitt betänkande att en ny varumärkeslag skulle ersätta 1960 års VmL. Kommittén föreslog också ändringar i FL. Dessa hade till stor del samband med kommitténs förslag till varumärkeslag. Men de innebar också en del andra nyheter.[116]

VKs förslag innebar materiellt, i enlighet med direktiven, att officialprövningen av relativa registreringshinder skulle upphävas. Det fanns flera skäl för det. Ett skäl var att det inte gick att göra en tillräckligt tillförlitlig prövning av sådana hinder, eftersom det blivit allt svårare att få till stånd ett någorlunda fullständigt prövningsunderlag. Det viktigaste skälet hängde dock samman med systemet med gemenskapsregistreringar, d.v.s. att det genom ett särskilt förfarande gick att få varumärken registrerade med verkan i hela EU, och utan att *Kontoret för Harmonisering av den Inre Marknaden* (OHIM) i sitt förfarande självmant tog hänsyn till relativa hinder.[117] Förfarandet borde därför omskapas till ett renodlat invändningsförfarande. Om någon ansåg att märket inte borde vara registrerat, t.ex. på grund av att det skulle inkräkta på annans ensamrätt, skulle han kunna göra en invändning mot registreringen. Eftersom Patent- och registreringsverket (PRV) inte självmant skulle komma att ta hänsyn till de relativa hindren, skulle invändningsförfarandet få ökad betydelse.[118]

1.3.4 Marknadsföringsrätten

Trots att det huvudsakligen är skilda skyddsintressen som ligger till grund för kännetecknesrätten och marknadsföringslagstiftningen (se vidare nedan kap. 6), finns en överlappning mellan de båda rättsområdena.[119] Den svenske lagstiftarens kamp med kännetecknesrättens gränsdragning mot lagstiftningen mot illojal konkurrens har varit lång och

[116] Op. cit. s. 17.

[117] Op. cit. s. 20 f. PRV skall emellertid enligt förslaget kunna göra en viss undersökning, men i vilken omfattning detta skall ske ankommer på regeringen att besluta om.

[118] När detta skrivs, under i våren 2004, finns fortfarande ingen konkret tidplan för ett fortsatt lagstiftningsarbete.

[119] Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 11 och 125 ff.; jfr härtill Nordell i NIR 1998 s. 228 ff.

segsliten.[120] Samtidigt som marknadsrätten successivt utvecklats till ett eget rättsområde, har kännetecknensrätten blivit allt mer konkurrenspräglad. Här är också att märka hur skilda länders, ibland relativt påtagligt varierande lagtekniska lösningar av skydd mot illojal konkurrens, har medfört att vad som hänförs till den objektsrelaterade kännetecknensrätten eller till lagstiftning mot illojal konkurrens i vid bemärkelse, har kommit att variera väsentligt från land till land. För svensk rätts del framstår särskilt inarbetningsskyddet och det utökade skyddet för väl ansedda kännetecken historiskt sett därvidlag närmast som en marknadsrättslig hybrid av den egentliga kännetecknensrätten. Å andra sidan har – även sett till övriga Norden – Sverige på många sätt långt in i modern tid haft ett relativt svagt skydd mot illojal konkurrens generellt.

> Enligt *Holmqvist* ändrades varumärkeslagstiftningens fysionomi genom möjligheten till skydd för inarbetade kännetecken, så att den mer än tidigare började låta varumärkesrätten framstå som en del av konkurrensrätten.[121] När det gäller det utökade skyddet för väl ansedda kännetecken har ifrågasatts om det alls hör hemma inom kännetecknensrätten.[122] Anledningen till att man kan uppfatta *Kodakskyddet* som artfrämmande inom kännetecknensrätten, och således närmast såsom av marknads- eller konkurrensrättslig art, torde vara inte bara den otillbörlighetsbedömning som skall företas, utan också, såsom visas nedan (avd. 4.4.5.1), att objektet för skyddet, sådant det ges, inte primärt är ett skydd för ett kännetecknets *referens*, utan i stället skydd för dess *mening*.

Den svenska marknadsrättens utveckling tydliggörs kanske bäst genom studium av tillkomsten och avvecklingen av IKL (jfr ovan s. 44 ff.). Det gäller såväl utvecklingen av marknadsrätten som helhet som kopplingen mellan marknadsrätt och kännetecknensrätt. Från en heterogen samling av regler i IKL, vars huvudsakliga syfte var att *styra marknadens aktörer* i skilda hänseenden, utvecklades under 1960–70-talet ett mer

[120] Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 14.
[121] Holmqvist i NIR 1975 s. 260.
[122] Jfr Lassen i NIR 1989 s. 535 och Wessman i NIR 1993 s. 204.

homogent rättsområde med MD som specialdomstol till skydd, främst för konsumenter, mot otillbörliga marknadsföringsåtgärder. Marknadsrätten har kanske därför, liksom syftet var med IKL, snarast kommit att bli ett regelverk som syftar till att stävja vissa åtgärder inom marknaden, vilka i och för sig är tillåtna enligt allmänna civilrättsliga regler, men som av någon anledning ansetts otillbörliga från allmän synpunkt.

Frågan om gränsdragningen mellan kännetecknsrätten och lagstiftningen mot illojal konkurrens var föremål för övervägande av VFU. Utredningen konstaterade att 1942 års införande av 9 § IKL i allmänhet uppfattats som ett provisorium. Eftersom VFU föreslog att det varumärkesrättsliga skyddet exklusivt skulle regleras inom ramen för varumärkeslagen, således även i form av ett skydd för inarbetade kännetecken, fanns det därför anledning att överföra denna bestämmelse till den materiella kännetecknsrätten (jfr nedan s. 183).[123]

På grund av brister av olika slag i kännetecknsrätten, bland annat den i praktiken inte tillämpade bestämmelsen om förbud mot vilseledande kännetecken i 35 § andra stycket VmL (jfr ovan s. 46 och nedan s. 342), kom vilseledande kännetecknsanvändning i stället att i stor omfattning regleras inom marknadens självreglerande organ – Näringslivets Opinionsnämnd (NOp). Lagstiftaren fick därför anledning att åter ta ställning till vilseledande kännetecknsanvändning i samband med tillkomsten av 1970 års marknadsföringslagstiftning. Departementschefen angav att prövningen av om kännetecknsanvändning innebar intrång i en ensamrätt, visserligen borde göras av domstol enligt reglerna i varumärkeslagen. Som grund för förbud enligt generalklausulen borde därför inte kunna åberopas att åtgärden innebar intrång i en kännetecknsrätt. Däremot skulle Marknadsrådet (sedermera MD) kunna förbjuda användning av ett visst kännetecken under hänvisning till att det var förväxlingsbart med ett annat kännetecken och därigenom vilseledde allmänheten om ett kommersiellt ursprung.[124] I denna bedömning skulle det i princip sakna betydelse om åtgärden också innebar intrång i en en-

[123] Jfr SOU 1958:10 s. 326 f.
[124] Prop. 1970:57 s. 90; se härtill även prop. 1994/95:123 s. 57 f.

samrätt. Departementschefen påpekade dock att det ofta kunde vara svårt att hålla isär de båda frågorna. Marknadsrådet hade t.ex. i vissa fall tvingats att pröva om ett kännetecken var inarbetat.[125] Eftersom möjligheterna till förbud mot vilseledande kännetecken enligt 35 § andra stycket VmL delvis hade ett annat syfte, förordades att sådana skulle kunna komma att förbjudas även enligt 1970 års marknadsföringslagstiftning.[126] En tydlig effekt av att marknadsföringslagstiftningen tillhandahåller ett skydd mot vilseledande kännetecknsanvändning är att betydelsen av varumärkeslagens bestämmelser till skydd mot sådana minskat väsentligt.[127]

Det finns således en direkt koppling mellan kännetecknsrätten och lagstiftningen mot illojal konkurrens. Det normala är internationellt sett att endast registrerade kännetecken omfattas av kännetecknsrätten, medan inarbetningsskyddet omfattas av skyddet mot illojal konkurrens. Historiskt har kännetecknsrätten i länder med ett *common law*-system sitt ursprung i bland annat skadeståndsrättsliga regler (*torts*) riktade mot otillbörliga konkurrensåtgärder inom ramen för *passing off*.[128] I våra nordiska grannländer – främst Danmark och Norge – har förståelsen för samspelet mellan kännetecknsrätt och marknadsrätt kanske också varit större än i Sverige. Det gäller då främst möjligheten till kumulation av talan om immaterialrättsintrång och talan om illojal konkurrens. Marknadsrätten måste emellertid ses i sitt vidare *konsumenträttsliga* perspektiv. Syftet med 1970 års marknadsföringslagstiftning var i hög grad att skydda allmänheten mot framställningar som var vilseledande.[129] Med stöd av generalklausulen i 1 § i 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring kunde det dåvarande Marknadsrådet vid vite förbjuda användning av sådana kännetecken, vare sig de åtnjöt varumärkesrättsligt skydd eller inte. Detta medförde, enligt departementschefen i propositionen till 1970 års marknadsföringslagstiftning, att ett och samma förfarande

[125] Prop. 1970:57 s. 90; jfr prop. 1994/95:123 s. 58.
[126] Se prop. 1970:57 s. 89 f.
[127] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 15.
[128] Jfr Immaterialretspositioner s. 58 ff. och 206 f.
[129] Se SOU 1966:71 s. 45 ff.

kunde bli föremål för två fristående vitesförbud på i stort sätt samma grunder.[130]

I propositionen till 1970 års marknadsföringslagstiftning utvecklade departementschefen också frågan om kompetensfördelningen mellan vad som tekniskt skulle hänföras till immaterialrätten och marknadsrätten. De framstod enligt honom ofta som mer eller mindre pragmatiska lösningar av lagstiftaren. Man kunde tänka sig olika utvägar för att undvika en *dubblering*. En möjlighet var att undanta frågor om vilseledande varukännetecken från tillämpningsområdet för lagen om otillbörlig marknadsföring. En annan var att ändra varumärkeslagen så att det enligt den inte tillmättes någon betydelse att ett kännetecken var vilseledande. Ingetdera alternativet föreföll godtagbart. Det första skulle skapa stora gränsdragningsproblem och i betänklig mån minska möjligheterna att ingripa mot otillbörliga marknadsföringsåtgärder. Det andra skulle innebära ett brott mot den s.k. *sanningsgrundsatsen* (se om sanningsgrundsatsen nedan s. 86 ff.), som var en viktig princip inom den moderna varumärkesrätten, och dessutom göra det omöjligt att beivra vilseledande varukännetecken som användes i andra sammanhang än vid marknadsföring. Departementschefen kom därför till slutsatsen att å ena sidan lagen om otillbörlig marknadsföring borde vara fullt tillämplig även på varukännetecken och att å andra sidan någon ändring i VmL inte borde göras. Det dubbla systemet ansågs inte heller vara förenat med några olägenheter av egentlig praktisk betydelse. Hade ett vitesförbud meddelats av en myndighet, borde den andra myndigheten anses förhindrad att förbjuda ett förfarande som *helt täcktes* av det redan meddelade förbudet. Hade den ena myndigheten avslagit begäran om vitesförbud, innebar detta inte något hinder mot att den andra biföll en motsvarande ansökan. Det praktiska resultatet härav blev att den myndighet som tillämpade de strängaste bedömningsnormerna fick det avgörande ordet.[131]

---

[130] Prop. 1970:57 s. 89 f.

[131] Op. cit. s. 90. Här kan dock konstateras att en sådan princip knappast kan anses vara gällande i dag, i vart fall inte efter 1994 års revision av immaterialrättens sanktionssystem. I stället står domstolarna helt fria i förhållande till varandra, något som också är rimligt i.o.m. att kännetteck-

Genom 1996 års MFL har delvis, och på visst sätt, den tidigare inom svensk marknadsrätt gällande s.k. *missbruksprincipen*, som bygger på ett system med allmänt hållna generalklausuler, övergivits till förmån för en *förbudsprincip*, med väsentligt bättre möjligheter till effektiva sanktioner. Vissa marknadsföringsåtgärder i MFL är direktsanktionerade med en särskild s.k. *marknadsstörningsavgift* och bättre möjligheter till skadestånd än åtgärder som faller endast under någon av generalklausulerna.[132]

> Förbudsprincipen i gällande MFL bör dock ses i ljuset av de särskilda straffbestämmelser som fanns i 6–8 §§ 1975 års marknadsföringslag. Här var 6 § som straffsanktionerade uppsåtligt vilseledande marknadsföring, av särskild betydelse. Bestämmelsen var huvudsakligen av generalpreventiv karaktär och kom mycket sällan att tillämpas direkt i praktiken. Effekten av den var i stället närmast att KO, vid övervägande om förbud, kom att se särskilt allvarligt på de åtgärder som omfattades av det straffsanktionerade området och därför regelmässigt förde förbudstalan i MD om rekvisiten i 6 § var uppfyllda.[133]

Även om det i 1996 års MFL fortfarande är konsumenterna som sätts i första rummet, har 1996 års lag på flera sätt stärkt skyddet för konkurrerande näringsidkare.[134] Generalklausulen kan på olika sätt komma i beröring med varumärken.[135] Av intresse här torde främst vara otillbörlighetsgrunderna *renommésnyltning* och *misskreditering*. I MFL omfattas *vilseledande* marknadsföring (6 § MFL), vilseledande *efterbildning* (8 § MFL) och otillbörliga och vilseledande *direkta jämförelser* (8 a § MFL) av särskilda direktsanktionerade förbudsbestämmelser. Marknadsföringsåtgärder som inte står i överensstämmelse med kraven enligt de direktsanktionerade bestämmelserna, kan nu således bemötas,

---

ensbegreppen är något olika enligt den civilrättsliga kännetecknensrätten å ena sidan, och marknadsföringsrätten å den andra.

[132] Lagens huvuddrag presenteras av Bernitz i NIR 1996 s. 128 ff.

[133] Se Bernitz, Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare (cit. Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare) s. 111.

[134] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 16.

[135] Prop. 1970:57 s. 89.

inte bara med ett vitessanktionerat förbud eller åläggande enligt 14–15 §§ MFL, utan också med en sanktionsavgift – *marknadsstörningsavgift* – enligt 22 § MFL.

Bestämmelsen i 35 § andra stycket VmL torde numera helt ha skjutits åt sidan till förmån för MFLs stora generalklausul[136] och möjligheten att förbjuda vilseledande kännetecken enligt de direktsanktionerade bestämmelserna i 6, 8 och 8 a §§ MFL. Sett till 1996 års MFL, tillkommer därtill de väsentligt bättre möjligheterna att få skadestånd enligt 6 och 8 a §§ MFL som en ytterligare morot, samtidigt som talan i dag förs som ett eninstansförfarande i MD.

1.3.5 Sammanfattning

Av den ovan beskrivna utvecklingen av kännetecknsrätten framgår hur kännetecknet har haft olika syften och funktioner under skilda tider. Kännetecknsrätten har utvecklats med samhällsutvecklingen i stort. Det är således en påtaglig skillnad mellan kännetecknsrätten under merkantilismen och industrialismen. I det sammanhanget bör det uppmärksammas att dagens kännetecknsrätt i stort fortfarande bygger på industrialismens fundament. Mycket liten möda har ägnats åt att beskriva kännetecknets rättsliga ställning i det postindustriella samhället.[137] Det kan emellertid antas att kännetecknet får nya syften och funktioner i ett informationssamhälle. Sedan kan ställas frågan vilken som är kännetecknets roll i det som kommit att kallas den *nya ekonomin*. Sammanfattningsvis står vi således inför ett objekt som definieras och avgränsas

[136] Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt (cit. Varumärken från konsumentsynpunkt) s. 282 jfr s. 293; även Bernitz i NIR 1975 s. 184 f. I beaktande av den anförda tillämpligheten av förbudsbestämmelsen i 35 § VmL, är det anmärkningsvärt att KO beslutat att avskriva ärende om otillbörligt utnyttjande av annans varumärke med motiveringen att frågor om ingripande mot slavisk efterbildning inte skulle prövas enligt MFL, eftersom varumärkeslagen ”ger allmän domstol möjlighet att vid vite förbjuda vilseledande kännetecken.” Enligt Bernitz kunde förbud inte meddelas med stöd av VmL. Bernitz konstaterade att KOs avskrivningsmotiveringar ofta inte harmonierade med rådande rättsförhållanden (Bernitz i Festskrift till Kurt Grönfors s. 53 f.; jfr Nordell i NIR 1992 s. 499).

[137] Slående är likheten mellan VKs och VFUs beskrivnigar av hur infrastruktur och handel ändrat förutsättningarna (jfr t.ex. SOU 2001:26 s. 19 med SOU 1958:10 s. 46 f.).

inte bara av kännetecknsrätten i snävare bemärkelse. Dess område bestäms därtill stor och ökande omfattning av marknadsföringsrätten.

1.4 Syfte och metodfrågor

Infrastrukturens tilltagande komplexitet, med allt mer komplicerade flöden av varor och tjänster och förbättrad informationsteknik, har ändrat förutsättningarna för avsättningsfrämjande åtgärder. Den har givit kännetecknen en starkare och viktigare roll och därmed ökad ekonomisk betydelse. Detta påverkar på många sätt också kännetecknsrätten. Det är inte bara så att kännetecknsrätten fått ökad betydelse, utan därtill också ändrade *syften* och *föremål*. Förevarande undersökning är motiverad av den ökade betydelse, främst för marknadens aktörer, som kännetecknet har kommit att få under senare tid. Det bör således vara ett primärt intresse att beskriva de ensamrätter och andra befogenheter som ges åt kännetecknshavarna i belysning av kännetecknets faktiska språkliga föremål och i relation till marknadens egen kännetecknsdefinition och kännetecknsanvändning.

Undersökningen kan kanske kallas tvärvetenskaplig. Väl medveten om det närmast våghalsiga i att ge sig in i ett sådant företag, väljer jag ändå att beträda området. Kännetecknets objekt kan ses i många perspektiv, men i detta sammanhang kan de inskränkas till tre: det *juridiska*, det *filosofiska* och det *ekonomiska* eller *praktiska*. Det är kännetecknets *juridiska* kärna som är undersökningens primära föremål. Därför kan det vara vanskligt att föra in alltför mycket stoff från området utanför rättsdogmatikens hägn. Emellertid finns, såsom redan angivits, ett värde i fokuseringen på semantiken i och med att objektet för undersökningen har sin materiella grund *i språket* och dess ramar. Det är också det som kommer att bli bestående för ordkännetecken över tid. Ordkänneteckensrättens semantiska grund är således ett slags fixpunkt för undersökningen.

De semantiska teorierna kan uppfattas som svåra att anpassa till en kännetecknsrätt som hittills eljest ansetts relativt praktisk och konkret. Jag har ändå ansett att den ökade kunskap om kännetecknets föremål

som undersökningens semantiska del kan ge, kan vara av värde trots att den inte kan resultera i att slutgiltigt bestämma skyddsföremålets gränser eller att sätta kännetecknsrättens konkurrensrättsliga optimala balans inom marknaden. Fastmer är målsättningen att presentera ett tankemönster som kan animera till nya landvinningar. För att det hela inte skall förloras i en semantisk teoribildning, är ambitionen att applicera teorierna om kännetecknets objekt som skydd för *referens* och *mening* på en så konkret kännetecknsrättslig verklighet som möjligt, genom att låta främst svensk kännetecknsrätt, sådan den utvecklats i lagstiftning och praxis fram till början av 2000-talet, få exemplifiera hur den kommit att avse skilda aspekter av kännetecknets *mening* och *referens*.

Det finns naturligtvis inte något egenvärde i att problematisera och komplicera det som är enkelt, men samtidigt kan ifrågasättas om inte lagstiftare och rättsvetenskap länge har förbisett något här. Samtidigt kan också emotses att en debatt, motsvarande den inom upphovsrätt och patenträtt, kommer att väckas inom kännetecknsrätten som ett resultat av det s.k. informationssamhället m.m.

Ett visst intresse för studiet av kännetecknsrättens föremål har förvisso länge funnits. Redan vid mitten av 1960-talet försökte *Troller* förklara varumärkets väsen med hjälp av *Husserls* s.k. fenomenologi (jfr nedan s. 168).[138] För nordisk rätts del bör uppmärksammas främst *Holmqvists* ansats och landvinningar när det gäller varumärkesdegeneration.[139] Intresset har emellertid ökat under senare tid. Från rent rättsvetenskapligt håll bör nämnas *Holmqvists* senare studium av kännetecknets *särskiljningsförmåga*, vilken bygger på en utförlig undersökning av kännetecknets semantiska eller semiotiska egenskaper. Även *Wessman* har uppmärksammat kännetecknsrätten i ett språkfilosofiskt perspektiv.[140]

---

[138] Se Troller i Festschrift für Philipp Möhring s. 302 ff.

[139] Degeneration of Trade Marks.

[140] Wessman presenterade vid ett seminarium anordnat av IFIM den 20 februari 1998 hur varumärkesrätten kunde tolkas enligt Wittgenstein; jfr också Wessman, Varumärkeskonflikter. Förväxlingsskydd i varumärkesrätten, (cit. Varumärkeskonflikter) s. 89 f.

I de flesta läroböcker i marknadsföring har varumärken behandlats relativt översiktligt. Vanligen presenteras de inom ramen för produktplacering eller produktstrategier, vilket medför att varumärket framställs som ett av flera produktattribut. Denna syn på varumärket var förhärskande fram till början av 1990-talet, när intresset för varumärkets strategiska värde uppmärksammades. Sedan dess har det skett en påtagligt ökad forskning om varumärken inom företagsekonomi. När det gäller intresset för varumärken i ett företagsekonomiskt perspektiv, kan för svensk del nämnas den forskning som bedrivs i Lund av *Melin*[141] och *Urde*.[142] Vid *Handelshögskolan i Stockholm* har *Håkansson* också intresserat sig för varumärken närmast från ett organisationsperspektiv,[143] men också mer allmänt har fokus riktats mot kännetecknet som marknadsföringsinstrument.[144] I Danmark har *Mollerup* genom sin vetenskapligt ämnade, men populärvetetenskapligt presenterade, framställning om *The Marks of Excellence. The History and Taxonomy of trademaks* byggt en varumärkestaxonomi, huvudsakligen på den amerikanska varumärkeslagstiftningen.[145] Även *Söderlund* har analyserat hur varumärken fungerar som kommunikationsmedel mellan varumärkeshavare och konsumenter.[146]

1.4.1 Källor och källanvändning

Undersökningen vilar på rättsvetenskaplig grund. Avsikten är därför huvudsakligen att använda en rättsdogmatisk metod, d.v.s. att gällande rätt skall beskrivas och analyseras utifrån traditionella svenska rättskällor – *lag, prejudicerande praxis, lagmotiv, doktrin* och *handelsbruk*.[147]

---

[141] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel; Varumärkesstrategi.

[142] Urde, Märkesorientering. Utveckling av varumärken som strategiska resurser och skydd mot varumärkesdegeneration (cit. Märkesorientering).

[143] Håkansson, Beyond Private Lable – the Strategic View on Distributor Own Brands.

[144] Håkansson/Wahlund, Varumärken – från teori till praktik.

[145] The Marks of Excellence s. 96 ff.

[146] Se Söderlund, Den lojala kunden och dens. Den nöjda kunden. Kundtillfredställelse – orsaker och effekter (cit. Den nöjda kunden).

[147] Jfr Peczenik, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation (cit. Vad är rätt?) s. 215 f.

Som ovan beskrivits, bygger undersökningen emellertid också väsentligen på en tes som härrör från språkfilosofin, varför grunden för ställningstaganden av vissa slag om vad som kan vara kännetecknesrättens föremål, grundas i språkfilosofiska källor.[148]

För att beskriva kännetecknets semantiska egenskaper och funktion används källor inom språkvetenskapen. Någon heltäckande semantisk studie har av naturliga skäl inte kunnat företas. Endast undantagsvis används primärkällor. Ett klassiskt svenskt standardverk som i stor utsträckning legat till grund för beskrivningen av semantikens grunder är *Regnélls* Semantik.[149] Ofta har emellertid även modernare svenska hand- och läroböcker använts.[150]

Eftersom undersökningen avser att belysa kännetecknesrätten också från ett konkurrentperspektiv eller ett näringsidkarperspektiv, måste även kännetecknens faktiska föremål och funktion inom marknaden undersökas. Av det skälet används visst källmaterial från det företagsekonomiska marknadsföringsområdet, vilket beskriver marknadsföringsmetoder och -strategier. Kännetecknens faktiska föremål och funktion inom detta område är mycket litet belyst i svensk litteratur. Däremot finns en relativt rikhaltig utländsk (företrädesvis amerikansk, fransk och tysk) litteratur inom området för marknadsföringsteori som belyser dessa frågor. En utgångspunkt är att uppgifterna i vad gäller dessa källor presumeras vara giltiga i sina huvuddrag även på svenska marknadsförhållanden. Sådana källor används för att teckna en bild av den kommersiella verklighet mot vars bakgrund kännetecknesrätten i dag kan ses. Eftersom användning av ett sådant källmaterial kan ge upphov till misstolkning, har jag försökt att förhålla mig till icke-juridiskt källmaterial av senare angivet slag så kritisk och med så stor försiktighet som möj-

[148] När det gäller det arbete som utgör den filosofiska utgångspunkten för undersökningen, Freges Über Sinn und Bedeutung, har jag utgått ifrån den svenska översättningen (Skrifter i urval), vilken dock studerats mot bakgrund av den ursprungliga tyska versionen.

[149] Regnéll, Semantik 2 uppl. 1971.

[150] Här kan nämnas Linell, Människans språk; Dahllöf, Språklig betydelse; Hallberg, Litterär teori och stilistik; Segerdahl, Språkteorier och språkspel; Sigurd, Språk och språkforskning; af Trampe, Språkbrukaren och orden.

ligt. Ambitionen är i många fall också snarare åskådliggörande än befästande.

Genom att relatera uttalanden om den kommersiella verkligheten till gällande rätt, kan uttalanden *ex ante* göras. Sådana kan bestå såväl av prognosen om en domstols uttalande i en eventuell tvist som av uttalanden om rättens i sig eventuella ändamålsenlighet, d.v.s. för varumärkesrättens del om i vad mån de syften att skydda varumärkeshavare, konkurrenter och konsumenter som lagstiftaren åsyftat att åstadkomma med lagen, svarar mot dess avsedda funktion. Detta är mycket svårt. I förevarande arbete finns såväl beskrivning av varumärkesanvändning och förändringar i den faktiska varumärkesanvändningen över tid som uttalanden om faktiska förfoganden över kännetecken, vilka inte kommit att belysas av domstolarna. För sådana beskrivningar av verkligheten är det i många lägen nödvändigt att göra avsteg från en traditionell rättskällelära. I stället används då andra källor, främst inom företagsekonomi som kan ge en relevant bild av den verklighet som lagen är avsedd att reglera.

1.4.2 Några avgränsningar

Kännetecknets semantiska funktioner har beskrivits tidigare av *Holmqvist*. Till skillnad från *Holmqvist*, som analyserat dem huvudsakligen i vad avser kännetecknets förvärv och förlust av *särskiljningsförmåga*,[151] avser jag här att undersöka kännetecknsrättens skydd av *mening* och *referens* i samtliga aspekter. Främst är det då förväxlingsbarhetsfrågan som tillkommer. Emellertid avser undersökningen att beskriva kännetecknsrättens föremål i vidare bemärkelse, där således även skyddet för kännetecken utanför kännetecknsrätten i trängre bemärkelse, undersöks. Främst blir det fråga om det skydd som ges genom marknadsföringslagstiftningen och dess bestämmelser om förbud mot renommésnyltning, efterbildning, misskreditering och vilseledande kännetecknsanvändning.

[151] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 19 ff.; Degeneration of Trade Marks s. 68 ff.

Eftersom undersökningen är begränsad till kännetecknets föremål, faller det sig naturligt att fokus riktas närmast mot kännetecknesrättens skyddsförutsättningar i form av *särskiljningsförmåga* och avsaknad av *förväxlingsbarhet*. Kännetecknets objekt kan emellertid få betydelse i en rad situationer som inte direkt har fokus just på kännetecknets särskiljningsförmåga och förväxlingsbarhet. Ett sådant är den kännetecknesrättsliga förfoganderätten i vid bemärkelse. I undersökningen (kap. 5) behandlas några sådana förfoganderättsliga frågor som har ansetts särskilt intressanta. Även om bestämningen av kännetecknets föremål kan få betydelse även på annat sätt, t.ex. i fråga om sanktioner – kanske främst skadestånd[152] – liksom i fråga om bestämningen av avtalsföremålet vid licensiering, har jag valt att inte närmare behandla dessa aspekter av kännetecknesrättens föremål.

Undersökningen omfattar *gällande svensk rätt*. Det betyder att den bas som används för att beskriva kännetecknets objekt och hur kännetecknesrätten fungerar inom marknaden, utgörs av svensk rätt och svenska marknadsförhållanden. Undersökningens dogmatiska grund kan uppfattas som bräcklig, eftersom den presenteras inför en aviserad nyordning på den svenska kännetecknesrättens område. Undersökningen är dock avsedd att beakta Varumärkeskommitténs slutbetänkande med förslag till ny VmL och ändringar i FL. Eljest bygger den i allt väsentligt på rättskällor grundade i 1960 års svenska kännetecknesrätt, gällande marknadsföringslagstiftning och beaktar praxis som preciserat och kompletterat dem. Vissa ställningstaganden om vad som är gällande rätt kan därför antas snart bli obsoleta. Eftersom den rättspraxis som utvecklats av EG-domstolen på ett tydligt sätt kommit att bli en del av den nationella kännetecknesrätten, beaktas även de väsentliga avgörandena från EG-domstolen, vilka följaktligen sätts in i det svenska kännetecknesrättsliga systemet.

Kännetecken är i stor utsträckning internationella. Varor skall typiskt sett vara ägnade att röra sig över landsgränser. Den allmänna samfärdseln och därtill mer eller mindre världsomfattande konventionsåtagan-

[152] Se härom Borgenhäll i NIR 2000 s. 153.

den har bidragit till att kännetecknsrättens grundfunktioner och -principer återfinns i de flesta länder. Det har i praktiken sin förklaring i att de flesta länder i dag har tillträtt PK och TRIPS. Detta väcker frågan om det inte är ett alltför snävt nationellt perspektiv som valts för undersökningen – inte minst i en immaterialrättslig värld som ständigt vidgar sig. Medveten om detta faktum och att ytterligare aspekter på synen på kännetecknsrättens föremål som skydd för *mening* och *referens*, såsom t.ex. en fördjupad studie av det Europarättsligt präglade associationsskyddet eller det amerikanska urvattningsskyddet, får ökad bäring också på svensk rätt, har jag, av praktiska avgränsningsskäl, ändå valt att begränsa undersökningen till den svenska kännetecknsrättens sfär, även om många paralleller dras till förhållanden utomlands. Med utgångspunkt i hypotesen att olika aspekter av skydd för kännetecknens *referens* och *mening* kommit, att – på till synes ganska oklara grunder – regleras på skilda sätt just i svensk rätt, är begränsningen emellertid befogad. En fråga som kan ställas i anslutning härtill är om det inte hade varit värdefullt att *jämföra* skilda rättsordningar för att på så sätt nå kunskap om det därvidlag föreligger fundamentala skillnader i förhållande till svensk rätt. En sådan undersökning hade dock blivit så omfattande att den lätt kommit att förlora i fokus.

Även om en undersökning av kännetecknsrättens föremål vore väsentligen betjänt av en total beskrivning av alla de uttryck som kan ges kännetecknsegenskaper, vilka då skulle inkludera figurkännetecken och utstyrslar – d.v.s. allt sådant som hör till varukännetecknsrättens moderna kärnområde – har jag ändå valt att begränsa mig till *ordkännetecken*. Ordkännetecken ses dock här i vidare bemärkelse – inbegripande bokstavs- och sifferkombinationer.[153] Kombinerade ord- och figurkännetecken berörs i förekommande fall.[154] Visserligen har den känne-

[153] Jfr Holmqvist som konstaterade att det genom 1993 års revision av VmL strängt taget införts en ny varumärkeskategori i svensk rätt: bokstavsmärken som är registrerbara om de, liksom övriga kategorier av varumärken, har ursprunglig särskiljningsförmåga (Holmqvist i NIR 1996 s. 45).

[154] Med ett ordkännetecken förstås en kombination av bokstäver som bildar ett ord och som således kan uttalas. Om kombinationen inte kan uttalas, föreligger bokstavs- eller sifferkännetecken.

teckensrättsliga förväxlingsläran, liksom frågor relaterade till kännetecknets *egenvärde*, vilka är väsentliga i undersökningen, många implikationer för andra kännetecken än ordkännetecken. I många sådana fall görs därför överväganden som tar i beaktande även andra kännetecken än ordkännetecken. Skälet till den huvudsakliga begränsningen till ordkännetecken är också pedagogiskt. Med tanke på att undersökningen bygger på språkfilosofisk grund, faller det sig naturligt att begränsa undersökningen till just sådana, eftersom en sådan begränsning gagnar jämförelsen mellan semantik och kännetecknesrätt. Begränsningen till ordkännetecken är rimlig också med tanke på att ordkännetecken är den långt vanligaste typen av kännetecken.[155] Därtill finns pragmatiska skäl. Dels skulle en undersökning som tog i beaktande alla slags kännetecken tendera att bli så omfattande att den vore svår att genomföra under rimlig tid och med acceptabla krav på noggrannhet, dels gör den valda avgränsningen det möjligt att inte behöva fördjupa framställningen i nya utvecklingstendenser av särskilt slag, såsom t.ex. skyddet för ljud-, doft- och färgkännetecken,[156] liksom till det på sitt sätt speciella kännetecknesrättsliga utstyrselskyddet och dess gräns mot marknadsrätt.[157] Efter relativt omfattande studium av området, inklusive skydd för ljud- och doftkännetecken, har jag dessutom funnit att undersökningen kan begränsas till ordkännetecken, utan att lämna alltför många frågor öppna i det som slutligen skall besvaras. Det bör dock understrykas, att principerna om *mening* och *referens* kan antas vara lika gällande för andra typer av kännetecken som för ordkännetecken.

Eftersom senare språkfilosofi i hög grad har byggt vidare på *Freges* utgångspunkter,[158] kan det förvisso anses otillräckligt att stanna vid *Frege*. Jag har ändå, av flera skäl, valt att göra det. För det första har den fortsatta språkfilosofiska utvecklingen i stora delar rört andra ord eller

[155] Se Markedsret s. 139; Koktvedgaard i TfR 1987 s. 317; jfr Koktvedgaard/Wallberg s. 43.

[156] Se om doftmärken Lunell i NIR 2003 s. 124 ff. samt generellt, Salomäki, Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som gemenskapsvarumärken.

[157] Se om det särskilt Nordell i NIR 1998 s. 205 ff. och Marknadsrättens goodwillskydd s. 51 ff.

[158] Se härtill Lundahl, Freges filosofi; jfr även nedan avd. 3.3.4.

objekt än substantiv.[159] För det andra framträder *Freges* verk om *mening* och *referens* med sådan klarhet att det är lätt att följa utan närmare besvär även för den som inte satt sig djupare in i 1900-talets språkfilosofi. För det tredje är det enligt min uppfattning tillräckligt för att beskriva kännetecknsrättens huvudföremål i dag. Här öppnas det således flera möjligheter för andra att ta vid. Det kan gälla dels studier av andra slags kännetecken än ordkännetecken, dels studier i kännetecknsrättens föremål baserade på den språkfilosofiska utvecklingen efter *Frege*.[160] En förhoppning är därför att mina här presenterade landvinningar skall kunna läggas till grund för andras studier av kännetecknets semantiska föremål inom vidare ramar än vad som omfattas av just denna undersökning.

Eftersom undersökningen är avgränsad till *ordkännetecken*, kunde det ligga nära till hands att närmare studera även firma- och namnrätten, som ju avser endast ordkännetecken. Särskilt inom firmarätten finns rikhaltig administrativ praxis som kan sätta gränser för vad som kan utgöra firma enligt svensk rätt. Undersökningen är emellertid huvudsakligen begränsad till *varukännetecken*. I beaktande av att det varit lagstiftarens avsikt att den materiella firmarätten skulle motsvara den materiella varumärkesrätten,[161] blir i delar även den så att säga varumärkesrättsliga aspekten av firmarätten hur som helst både direkt och medelbart föremål för undersökningen.[162] Av olika skäl är det knappast heller intressant att närmare fördjupa sig i administrativ firmarättspraxis. Firmarätten blir i stället intressant närmast mot bakgrund av hur den kommer till uttryck i varukänneteckenskrättslig praxis.

Här kan slutligen, med all rätt, ifrågasättas om beskrivningen av kännetecknets *mening* och *referens* inte hade kunnat komma till bättre rätt

[159] Närmast till hands torde väl då ligga att söka vidare i den relativt konkreta utvecklingen av just Freges språkfilosofi som företagits kanske främst av Quine, men också den utveckling som skett inom semiotiken, vilken ju särskilt inriktats mot tecken, något som av naturliga skäl ligger nära till hands för ett teoretiserat inriktad studium av kännetecken.

[160] Jfr t.ex. Wittgenstein, Anmärkningar om färger.

[161] Jfr SOU 1967:35 s. 187

[162] Jfr Eberstein som redan 1952 konstaterade att firma- och varumärkesfunktionerna var helt inflätade i varandra (Eberstein i NIR 1952 s. 22); jfr även SOU 1967:35 s. 187.

i artikelform, varvid långa avsnitt med beskrivning av äldre kännetecknsrättsligt allmängods och redogörelser för äldre och samtida praxis hade kunnat avvaras. Det är förvisso också så, att den teoretiska utgångspunkten för undersökningen hade kunnat sammanfattas i mer kondenserad form. Inte minst för att bygga en stabil grund för mer generella påståenden om gällande svensk kännetecknsrätt och därmed för att kunna visa på hur det svenska rättsläget gestaltar sig i dag, och för att därifrån kunna verifiera de inledningsvis ställda hypoteserna, har jag ändå valt att göra en mer omfattande studie. En sådan får anses vara bättre ägnad att ge bärande premisser för hur *mening* och *referens* kan ha spelat skilda roller inom kännetecknsrätten under den moderna kännetecknsrättens utveckling i Sverige. Detta medför onekligen vissa så att säga transportsträckor.[163]

1.5 Den fortsatta framställningen

I den fortsatta framställningen beskrivs och analyseras kännetecknsrättens föremål, främst utifrån hypotesen att kännetecknsrätten ger skydd för *referens* och *mening*. Med *referens avses* relationen mellan kännetecken och vara, liksom dess kommersiella ursprung. Med *mening* avses kännetecknets egenvärde, främst den *goodwill*, det *renommé*, *anseende*, *uppmärksamhetsvärde* eller eljest de *associationer* eller *uppfattningar* om varan som kännetecknet har eller ger.[164] Undersökningen har två huvudavdelningar. I den första (kap. 2–3) beskrivs de båda slagen av objekt rent principiellt. I den andra avdelningen (kap. 4–6) prövas de ovan (s. 22 ff.) ställda hypoteserna på främst svensk kännetecknsrätt materiellt, d.v.s. så att även de kännetecknsrelaterade momenten i marknadsföringslagstiftningen beskrivs. Här ackompanjeras framställningen även av vissa jämförelser med europeisk och amerikansk kännetecknsrätt.

[163] Bristen på svenskt källmaterial har under större delen av 1900-talet varit påtaglig inom kännetecknsrättens område. Det gäller inte bara i Sverige, utan även i övriga Norden och också internationellt.

[164] Jfr Riis i NIR 2000 s. 18 ff.

rätt. Detta förklarar och motiverar också den ymniga förekomsten av hänvisningar framåt i framställningen från den principiella delen till den materiella.

Den första avdelningen inleds strax nedan i kapitel 2 med en granskning av de *syften* och *funktioner* som kännetecknet har. Underlaget för beskrivningen därav antas i delar vara föråldrat. Därför görs ett försök att redogöra för såväl de rättsliga som de utomrättsliga *syften* och *funktioner* som ett kännetecken *de facto* kan ha i dag. Också den framställningen är väsentlig för förståelsen av den materiella beskrivning som görs i undersökningens andra huvudavdelning. I kapitel 3 Beskrivs kännetecknets semantiska föremål. Där förklaras kortfattat egenskaper hos *ord*, *tecken*, *egennamn* och *kännetecken* m.m. i såväl semantiskt som kännetecknsrättsligt perspektiv.

När den principiella plattformen är lagd, fördjupas undersökningen om kännetecknets *rättsliga* föremål (kap. 4–6). Mot bakgrund av beskrivningen av kännetecknets *de facto*-egenskaper samt dess juridiska egenskaper och skyddsförutsättningar, företas en studie av några relevanta och aktuella kännetecknsrättsliga materiella områden. Här fokuseras särskilt på vidden och omfattningen av det kännetecknsrättsliga skyddet och vilka faktorer som bestämmer skyddet – dess omfång och styrka. I kapitel 4 beskrivs kännetecknsrättens skyddsförutsättningar med tonvikt på *särskiljningsförmåga – distinktivitet* – och *förväxlingsbarhet*. I kapitel 5 behandlas några centrala aspekter av kännetecknsrättens förfoganderätt, d.v.s. kännetecknets förfogandeobjekt. I kapitel 6 beskrivs hur kännetecknets *mening* och *referens* kan skyddas på skilda sätt också inom ramen för marknadsföringslagstiftningen. Undersökningen avslutas med en sammanfattande analys (kap. 7).

2. Kännetecknets syften och funktioner

I doktrinen har över tid förts en relativt omfattande diskussion om kännetecknets *syften* och *funktioner*. De avser på skilda sätt och i olika aspekter att beskriva kännetecknet och kännetecknsrätten. De går därmed på skilda sätt också in i varandra, något som enligt min uppfattning ofta inte uppmärksammats i tillräcklig grad. Inte heller synes faktum att kännetecknets funktioner kan ha ändrats som resultat av förändrade marknadsförutsättningar och marknadsföringsstrukturer med nya marknadsföringskanaler och tillkomna marknadsföringsformer, ha uppmärksammats i den utsträckning som kan vara nödvändig för att kännetecknets syften och funktioner skall kunna beskrivas på ett adekvat sätt i dag. För att förstå den beskrivning av kännetecknets syften och funktioner som gjorts i doktrinen, måste man därför i många fall betänka effekterna av den samhälleliga och infrastrukturella utveckling som kan ha skett sedan ett visst uttalande gjordes.[1]

I direktiven till VK konstaterades att ett varumärke tidigare betraktades som ett *tillbehör* till en rörelse, ägnat att särskilja innehavarens varor och tjänster från andras. Många varumärken användes emellertid inte för att utmärka ett kommersiellt ursprung, utan konstaterades i stäl-

[1] I direktiven till VK antogs att varumärkenas funktion kunde ha förändrats jämfört med förhållandena vid varumärkeslagens tillkomst. Det angavs att kommittén skulle överväga hur förändring av kännetecknens funktion på marknaden, bl.a. som en följd av nya affärs- och distributionsformer, borde få genomslag i kännetecknsrätten. Kommittén skulle också bedöma om de nya typer av kännetecken som förekom på varu- och tjänstemarknaderna borde beredas ett rättsskydd.

let ha fått en självständig symbolisk karaktär och en karakteristisk profil som var oberoende av de varor och tjänster för vilka de avsågs bli använda. Många varumärken hade därigenom kommit att representera ett självständigt kommersiellt värde, ofta till följd av betydande investeringar, vilket kunde vara skyddsvärt.[2] Uttalanden i direktiven till VK liknar på många sätt vad som uttalades av VFU i betänkandet med förslag till 1960 års VmL.[3] Härvid är det värt att betänka att det inte är så mycket kännetecknets syften och funktioner i sig, vilka ändrats (jfr ovan), utan snarare marknadens förutsättningar. Detta kan i sin tur ha medfört att kännetecknets syften och funktioner har fått olika innebörder och förhållanden sinsemellan. Till detta hör faktum att kännetecknets föremål i sig kan ha ändrats, så att den gällande kännetecknsrätten i dag ger skydd för andra föremål än vad som gällde vid lagens tillkomst, vilket har väsentlig betydelse för frågan om kännetecknsrätten ger ett effektivt skydd i dag.

För att inte bara förstå kännetecknsrättens objekt, utan även dess syfte och funktioner, måste man ha ganska klart för sig vad som kan kallas kännetecknets *fyrpartsförhållande*. Parterna i detta förhållande är *kännetecknet* i sig som är rättens huvudföremål, *varan* eller *tjänsten* som kännetecknet skall symbolisera, den som innehar kännetecknet – *kännetecknshavaren* – som kan vara tillverkaren eller någon annan och slutligen *omsättningskretsen*, till vilken hör inte endast slutförbrukare eller konsumenter, utan även andra mellanled – grossister, licenstagare, detaljister – vilka tar befattning med varan. Med avsättningen som riktning och kännetecknet som utgångspunkt pekar vissa relationer bakåt mot vara, och kännetecknshavare medan relationen till omsättningskretsen/förbrukaren kan sägas peka framåt.[4] Samtliga parter i fyrpartsförhållandet har relationer av skilda slag till varandra.

Melin har, för att beskriva kännetecknets funktioner, utgått ifrån i vems perspektiv kännetecknet betraktas. Härvid har han hävdat att kännetecknet kan

[2] Dir 1997:118 s. 9.
[3] Se SOU 1958:10 s. 46 f.; jfr ovan s. 44 f.
[4] Jfr Riis i NIR 2000 s. 29; jfr även Troller i Festschrift für Philipp Möhring s. 304

sägas vara av intresse för fyra olika aktörer inom marknaden och att det därför kan diskuteras i fyra olika perspektiv: lagstiftarens, känneteckenshavarens, konsumentens eller konkurrentens. *Melin* använde sedan en metafor där marknaden skulle utgöra en teaterscen och där kännetecknet skulle vara centrum för ett triangeldrama, i vilket handlingen utspelades på två plan. Det ena planet var kännetecknets position inom marknaden och det andra var dess plats inom marknaden. Huvudaktörerna var märkeshavaren och konsumenten, vilka ingått ett slags pakt. Målsättningen enligt *Melin* var att märkeshavaren skulle sluta avtal med så många konsumenter som möjligt genom att åstadkomma märkeslojalitet. Konkurrenterna som hade en biroll i dramat, strävade i stället efter att bryta pakten.[5] Denna bild visar åter på hur man inom marknadsföringsteorin tenderar att beskriva skeenden snarare än sakförhållanden, föremål eller positioner. *Melins* metafor syftar visserligen till att beskriva kännetecknets funktioner inom marknaden, men kan kanske samtidigt utelämna flera funktioner, genom att se främst till vissa handlingsmönster inom marknaden.

Kännetecknets syften och funktioner låter sig knappast klart definiera, precisera eller skilja. De olika funktioner som kännetecknet kan ha, tar också sikte på olika aspekter av de ovan presenterade partsrelationerna. Gränserna är i många fall vaga[6] och efter närmare studium av dem kan man ibland fråga sig om inte vissa funktioner endast ger skilda uttryck för olika aspekter av samma förhållande.[7] Inte desto mindre, kan det finnas anledning att belysa de i motiv och doktrin angivna funktionerna var för sig, för att därefter kunna jämföra dem och analysera på vilka sätt de är relaterade till varandra, liksom till kännetecknsrättens skydd för *referens* eller *mening*.

[5] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 25 f.; Varumärkesstrategi s. 36 f.
[6] Jfr Immaterialretspositioner s. 164 och 171.
[7] Jfr op. cit. s. 171 och Riis i NIR 2000 s. 20.

2.1 Symbol-, särskiljnings- och individualiseringsfunktionen

I sig självt är kännetecknet en *symbol*. Lösryckt från sin konkreta kommersiella miljö har det, till skillnad från t.ex. litterära och konstnärliga verk, endast i undantagsfall självständig *mening* eller eget värde. Därmed skiljer sig kännetecknsrätten på ett avgörande sätt från andra immaterialrättigheter, vilka skyddar objekt av skilda slag under förutsättning av viss egen *referens*. Varumärket blir däremot till något först i en konkret miljö.[8] Kännetecknsrätten kan på det sättet sägas ge ett *medelbart objektskydd*. Kännetecknsrättens krav på särskiljningsförmåga skiljer sig ifrån upphovsrättens originalitetskrav och patenträttens krav på uppfinningshöjd. Ett kännetecken kan ha tillräcklig särskiljningsförmåga även om kännetecknshavaren inte själv har skapat det och även om det har varit känt i århundraden. Man kan t.ex. tillägna sig en egyptisk hieroglyf eller en antik grekisk dekoration och använda den som sitt eget kännetecken. Helt vardagliga ord och symboler kan med tiden få en överförd betydelse inom ett bestämt område för en viss vara.[9] Det som kännetecknshavaren måste göra med sitt kännetecken är dock att upprätta relationen mellan tecken och vara för att det som sådant skall få sin nödvändiga *referens*.

Såväl *symbol-* som *särskiljningsfunktionen* tar sikte på *relationen mellan vara och kännetecken*. Att något är en *symbol* innebär att det anger något utan att självt vara det. Kännetecknet i egenskap av symbol, utpekar således varan.[10] Detta är kännetecknets *symbolfunktion*, d.v.s. att ange varan utan att vara själva varan eller ange varuslaget i sig. Med kännetecknets *särskiljningsfunktion* avses att det måste kunna särskilja en viss näringsidkares varor från andras varor.[11] För att detta skall kun-

---

[8] Koktvedgaard/Levin, Lärobok i immaterialrätt, 7 uppl. (cit. Koktvedgaard/Levin) s. 276; jfr Immaterialretspositioner s. 161 ff.

[9] Koktvedgaard/Levin s. 281; Jfr Åndsretten s. 361 och Troller i Festschrift für Philipp Möhring s. 292 och 301.

[10] Jfr Immaterialretspositioner s. 163.

[11] Se Åndsretten s. 419 f; jfr Vanzetti i GRUR Int. 1965 s. 133.

na ske, måste kännetecknet således ha kännetecknsrättslig *symbolegenskap*. Detta följer också på sätt och vis av 1 § andra stycket VmL. Ett kännetecken som inte har någon särskiljningsförmåga, kan över huvud taget inte tjäna som sådant. Särskiljnings- och symbolfunktionen kan därmed anses utgöra en och samma sak, men medan symbolfunktionen tar utgångspunkt i kännetecknets semantiska egenskaper, avser särskiljningsfunktionen kännetecknets rent juridiska egenskaper att kunna verka som kännetecken, d.v.s. som *individualiseringsmedel* för varan.[12]

> När man talar om kravet på symbolegenskap bör det inte uppfattas i bokstavlig bemärkelse. *Holmqvist* tog namn som exempel där fasthållande av ett bokstavligt symbolkrav skulle kunna ge horribla följder. Då skulle t.ex. en medlem av släkten *Bonde* förlora rätten till sitt efternamn om han ägnade sig åt jordbruksverksamhet (något som sett över tid förvisso varit en typisk syssla för den släkten). Likaså skulle den som hette *Frisk* få skydd för sitt släktnamn först sedan han drabbats av ohälsa.[13] Resonemangets orimlighet kan dras till sin yttersta spets genom argumentet att märket *Klass 15* inte skulle kunna registreras för varor i klass 15 (musikinstrument).

Särskiljningsfunktionen har både en *positiv* och en *negativ* komponent. Den *positiva* komponenten innebär att alla varor som är försedda med varumärket skall ha något gemensamt med varandra. Från rättslig synpunkt skall denna minsta gemensamma nämnare vara att de har samma *kommersiella ursprung*. Men hit hör också i viss mån att varorna skall hålla en viss kvalitet, varför särskiljningsfunktionen glider över i kännetecknets *garantifunktion* (se vidare nedan avd. 2.3).

> *Klister* kan anges som ett exempel. Detta ord har inte en symbolfunktion utan en ren angivelsefunktion som namn på själva varutypen. På liknande sätt anses en ren avbildning av varan inte kunna få skydd om varan inte har givits en form direkt med tanke på att ha särskiljande funktion; och även om en varu- eller förpackningsutstyrsel kan få kännetecknsskydd, kan det inte ges om varan eller dess förpackning har former som uteslutande är funktio-

[12] Se Tiili i NIR 1970 s. 241.

[13] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 31.

nellt betingade (jfr 13 § andra stycket VmL). Inte heller kan deskriptiva kännetecken, d.v.s. sådana som anger föremålets utseende eller egenskap, skyddas.

Särskiljningsfunktionen relaterar emellertid, till skillnad från symbolfunktionen, även till konkurrerande näringsidkare. Det räcker inte med att kännetecknet har symbolegenskaper. Det skall därtill skilja en viss näringsidkares varor från andra näringsidkares varor av samma slag och får därmed inte likna annans kännetecken. Särskiljningsfunktionens *negativa* sida uttrycker att kännetecknet i princip *inte* får utpeka någon annans varor (jfr vidare nedan avd. 4.4) och blir som sådan en särskild komponent i kännetecknsrättens förväxlingslära (jfr 4 § första stycket VmL, enligt vilken annan än innehavaren inte får i näringsverksamhet använda ett därmed förväxlingsbart kännetecken).

När man ställs inför kännetecknets *individualiseringsfunktion*, frågar man sig kanske på vad sätt den skiljer sig från särskiljningsfunktionen. Något givet svar synes inte stå att finna och kännetecknets allt mer komplexa funktion inom marknaden synes bidra till att väva samman dessa båda funktioner.[14] Emellertid förefaller kännetecknets särskiljningsfunktion närmast anknyta till de mer fundamentala kännetecknsrättsliga egenskaperna, d.v.s. att skapa *referens* mellan kännetecknet och dess föremål. Individualiseringsfunktionen synes däremot närmast avse relationen mellan kännetecknshavare och omsättningskrets, d.v.s. hur kännetecknet kommunicerar och individualiserar varan gentemot omsättningskretsen. Således får individualiseringsfunktionen en väsentligt tydligare bäring på kännetecknets *mening* än vad gäller särskiljningsfunktionen, eftersom särskiljningsfunktionen endast syftar till att särskilja, medan individualiseringsfunktionen därtill även synes verka till att kvalitativt differentiera kännetecknet.

När man i dag talar om en individualiseringsfunktion är det något mångfacetterat som man ställs inför. Det som skall individualiseras är

[14] Jfr Riis i NIR 2000 s. 20 f. angående förhållandet mellan individualiseringsfunktionen och kännetecknets övriga funktioner.

inte bara en näringsidkares produkter, utan även näringsidkaren själv, produkternas egenskaper, konsumenterna och deras efterfrågan.

Kännetecken kan ha en *individualiseringsfunktion*, även om kännetecknshavaren inte är känd. Man frågar efter en viss typ av varor, och vet att de märkta varorna är av viss typ.[15] Medan särskiljningsfunktionen har som syfte att skapa en relation mellan vara eller tillverkare och kännetecken i relation till andra, tar individualiseringsfunktionen alltså sikte på kännetecknet och dess möjligheter att *kommuniceras* till omsättningskretsen. Medan särskiljningsfunktionen således är kvantitativ förefaller individualiseringsfunktionen vara på ett annat sätt kvalitativ; det är en fråga om att omsättningskretsen skall kunna mäta varans egenskaper mot egenskaper hos andra varor av liknande slag, d.v.s. att kunna *individualisera den i förhållande till andra varor* – inte bara skilja den från andra varor.

Man skulle här naturligtvis kunna tala också om en särskild *kommunikationsfunktion*.[16] I anslutning till det ovan beskrivna fyrpartsförhållandet, ligger det nära till hands att uppfatta kännetecknet som budskapet i en kommunikationsmodell, där kännetecknets kommersiella ursprung blir sändare och omsättningskretsen blir mottagare. Som konstaterats redan inledningsvis, har kännetecknet blivit ett viktigt kommunikationsmedel som i många fall, står inte bara för egenskaper hos varan och dess kommersiella ursprung, utan även för egenskaper och attityder hos förbrukarna. Det är uppenbart att denna funktion har blivit allt viktigare och kanske kan ses närmast som en av kännetecknets nya funktioner. Antalet olika kommunikationsmodeller som presenterats över tid är omfattande och tar sikte på skilda aspekter, tillvägagångssätt och syften med kommunikationen. Ett närmare studium av dessa modeller visar tydligt hur de ser ut att på skilda sätt motsvara olika marknadsföringsbeteenden och -strategier. Om man sedan jämför olika kommunikationsmodeller[17] med ovan angivna funktioner, framstår

[15] Koktvedgaard/Levin s. 336.

[16] Se Schneider i Schweizeriche Mitteilungen über Immaterialgüterrecht 1993 s. 406.

[17] Se Fiske, Kommunikationsteorier. En introduktion (cit. Fiske) s. 16 ff. och 37 ff; Linell, Människans språk s. 236 ff.

kännetecknets kommunikationsfunktion emellertid närmast som en dynamisk aspekt av dessa funktioner.

Enligt *Melin* innebar, från kännetecknenshavarens synpunkt, kännetecknets individualiserande och identifierande förmåga, att det skulle vara en utmärkt bärare av information, varmed avsågs konkreta fakta om produkter som rörde t.ex. innehåll, kvalitet och pris. Informationen grundade sig huvudsakligen på produkternas funktionella egenskaper och framfördes vanligen med hjälp av rationella argument.[18]

> Ensamrätten till kännetecknet gav enligt *Melin* kännetecknenshavaren möjlighet att bygga upp en unik märkesidentitet, vilken kunde sägas vara en sofistikerad form av marknadsföring som försökte renodla ofta subtila skillnader mellan olika märkesprodukter. Identiteten förmedlades genom investeringar i märkesuppbyggande reklam, som ofta baserade sig på emotionella argument.[19] Från konsumentsynpunkt kunde kännetecknet enligt *Melin* vara en informationskälla. Till följd av kännetecknets identifierande och individualiserande förmåga, kunde konsumenten, inte bara lättare orientera sig inom marknaden, utan även lättare få information om märkesvarans pris, kvalitet, och funktion. Genom att använda varumärket som referenspunkt, kunde konsumenten enkelt jämföra de olika märkesprodukterna med varandra, för att utvärdera vilken produkt som var ”bäst köp”. Kännetecknet underlättade därigenom för konsumenten att orientera sig.[20] När individualiseringen har gått så långt, tangerar den kännetecknets garanti- och kvalitetsfunktioner (jfr nedan avd. 2.3).

Medan den sida av individualiseringsfunktionen som berörs ovan kan sägas ha varit av objektivt och statiskt slag, i det att den har att göra främst med faktiska egenskaper hos såväl vara som kännetecken, kan kännetecknets *imageskapande* funktion[21] sägas utgöra individualiseringsfunktionens subjektiva och dynamiska sida. Den information som omsättningskretsen tar till sig är inte bara rationell, utan i stor utsträckning också emotionell. Kännetecknets *image* kan då vara mycket viktig

[18] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 26; Varumärkesstrategi s. 38.
[19] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 27; Varumärkesstrategi s. 38.
[20] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 28; Varumärkesstrategi s. 40.
[21] Jfr Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 29; Varumärkesstrategi s. 41.

både för den enskilde konsumentens självbild och konsumentkollektivet. Den relation som det här är fråga om är således främst relationen mellan kännetecknenshavare och omsättningskrets. Kännetecknenshavaren vill påverka omsättningskretsen, inte bara till att köpa varan, utan även till att identifiera sig med den.[22]

Symbol-, särskiljnings- och individualiseringsfunktionerna kan således ses som skilda aspekter av en och samma sak, nämligen kännetecknets *unicitet*. Medan symbolfunktionen avser en viss egenskap hos själva kännetecknet, tar särskiljningsfunktionen sikte på relationen mellan kännetecken. Individualiseringsfunktionen siktar slutligen på relationen mellan kännetecken och förbrukare eller förbrukarens uppfattning om kännetecknet. När man talar om särskiljningsförmåga eller distinktivitet är det fråga om ett krav på såväl symbol- som särskiljnings- och individualiseringsegenskaper.

2.2 Ursprungsangivelsefunktion

Ursprungsangivelsefunktionen avser, förenklat uttryckt, relationen mellan *kännetecknenshavare* och *omsättningskrets*. För ett stort antal varor utgör varukännetecknet en förbindelselänk och ett kommunikationsmedel mellan *kännetecknenshavaren* eller *näringsidkaren* och *förbrukaren* eller *konsumenten*. Kännetecknet skyddar då ytterst *förbindelselänken* mellan *näringsidkarens företag* och hans *kundkrets*.[23] Ursprungsangivelsefunktionen måste betraktas som kännetecknets äldsta funktion.[24] Den är nära förknippad med kännetecknets särskiljnings- och symbolfunktion, men avser, till skillnad från dem, inte relationen mellan kännetecken och objekt, utan tar utgångspunkt i föremålet och pekar med kännetecknets hjälp ut en härkomst. Tanken är att alla varor som bär samma kännetecken skall utpeka ett gemensamt ursprung.[25] Också ur-

[22] Se Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 29 f.; jfr Immaterialretspositioner s. 162.
[23] Jfr Koktvedgaard/Levin s. 275.
[24] Se Riehle, Markenrecht und Parallelimport (cit. Riehle) s. 107.
[25] Jfr Loc. cit.

sprungsangivelsefunktionen synes vara flertydig. Den gäller således inte endast varans kommersiella ursprung, utan även på visst sätt dess faktiska, eller geografiska, ursprung. Kännetecken har som regel sitt ursprung i en viss miljö. I vissa fall vill kännetecknenshavaren att det geografiska ursprunget skall bli känt inom omsättningskretsen, såsom *Husqvarna* eller *Hambergs i Vändel*.[26] I andra fall är förhållandet det motsatta. När man talar om ursprungsangivelse, måste således beaktas att ursprung kan vara av skilda slag. Man måste skilja mellan *faktiskt* och *kommersiellt ursprung*. Med *faktiskt ursprung* kan avses, dels den som *faktiskt producerat* varan, dels varans *geografiska ursprung*.[27] Ordet *ursprungsangivelse* leder därför lätt fel. Man kan förledas att söka efter en fabrik eller en geografisk plats i själva kännetecknet. Omsättningskretsen kan emellertid i många fall förväntas förutsätta att alla produkter med ett visst varumärke har samma faktiska ursprung.[28] Det var ju tidigare också vanligt att kännetecknet var beskaffat så att det pekade ut sin faktiska härkomst.[29]

En varas faktiska ursprung kan bli bekant för köparen genom att kännetecknenshavarens namn eller firma används som ett komplement till kännetecknet. Men även om varukännetecknet kan ha den funktionen, är det knappast i dag någon primär uppgift för kännetecknet att ge upplysning om vem som faktiskt har framställt varan eller eljest står bakom dess marknadsföring.[30] Det blir i stället kännetecknet i sig som är varans kommersiella ursprung i egentlig bemärkelse.[31] Detta anges också med

---

[26] Jfr Werkman, Trademarks, Their Creation, Psychology and Perception (cit. Werkman) s. 6 f. och 25 ff.

[27] Jfr MDs uttalande i MD 1989:9 (Svita) att ”uttrycket kommersiellt ursprung” inte är helt entydigt. ”Det kan i skilda sammanhang syfta på olika förhållanden, t.ex. vem som tillverkar eller importerar eller saluför en produkt.” Ett varumärke på en produkt knyter i allmänhet produktens kommersiella ursprung till märkets innehavare. Denne kan ha befattat sig med varan såsom tillverkare eller återförsäljare eller på annat sätt.

[28] Jfr Riehle s. 107.

[29] Se op. cit. s. 108 f.; jfr även det nedan (s. 452 ff.) berörda Marknadsdomstolsavgörandet MD 2003:25 (Ullared).

[30] Se Werkman s. 18 ff.; jfr Tiili i NIR 1970 s. 242.

[31] Jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 270 som anger att det kommersiella ursprunget är ett företag eller en näringsidkare.

hjälp av varumärket. Kännetecknenshavaren kan antingen vara varans tillverkare eller någon annan. Kännetecknets ursprungsangivelsefunktion låter sig därför knappast beskriva utan viss återkoppling till varukänneteckensrättens grund i firma- och namnrätten och till kännetecknsrättens utveckling i stort. Medan det tidigare så gott som uteslutande rådde total enhet mellan faktiskt och kommersiellt ursprung i det företag som producerade en viss vara, och som ursprungligen därtill städse var beläget på en viss plats, har varans ursprung kommit att diversifieras i takt med att produktionsställen har flyttats och utökats. Från att således det faktiska geografiska och det kommersiella ursprunget varit ett och detsamma, har omsättningskretsen fått lära sig att alla varor med ett visst varumärke inte nödvändigtvis är tillverkade på en och samma plats och av ett och samma företag.

Därtill kommer 1900-talets samhällsutveckling, där varukännetecknets *immaterialisering* (jfr ovan s. 17) har bidragit till att förflytta varukännetecknet från att vara ett *fabriksmärke* till ett *handelsmärke*. Kort sagt, medan varumärken ursprungligen var fabriksmärken, är de numera i bästa fall vad som tidigare kallades för handelsmärken. Inte ens distinktionen mellan *fabriksmärke* och *handelsmärke* är dock ändamålsenlig i dag.

> *Tisell* konstaterade redan år 1913 att man fann olika benämningar för de egentliga varumärkena – än handelsmärken, än fabriksmärken. Medan fabriksmärket ursprungligen var avsett att ange varans producent, skulle handelsmärket ange varans mellanhand vid försäljning. *Tisell* konstaterade således redan vid den tiden, att man i allmänhet inte skilde mellan dessa begrepp.[32]

I dag ligger det, på grund av en rad faktorer, inte nära till hands för omsättningskretsen att relatera ett varukännetecken till en viss tillverkare eller en viss bestämd ort. Det måste därmed vara uppenbart att det *kommersiella ursprunget* på flera sätt har kommit att förändras över tid. Även om kärnan i uttrycket *kommersiellt ursprung* alltid varit den nä-

[32] Se Tisell s. 157; jfr PK, där termerna handels- och fabriksmärke används konsekvent.

ringsidkare som producerar en vara med ett visst kännetecken eller eljest står bakom varukännetecknet i marknadsföringen av varan, har aktörerna bakom de under ett visst kännetecken marknadsförda varorna delats upp.[33] Vad avser produktions-, distributions och marknadsföringssidan, har det skett såväl vertikalt som horisontellt. Vertikalt kan produktionen ligga hos flera olika företag, varav ett eller flera kan ägas av kännetecknshavaren, vars firmadominant traditionsenligt, men inte nödvändigtvis, är densamma som varumärket. Komponenter – mer eller mindre väsentliga – kan vara legotillverkade. Legotillverkarens kommersiella ursprung är det kännetecken som bär hans komponenters kännetecken, men det kommersiella ursprunget för den slutgiltiga varan är den kännetecknshavare som marknadsför slutprodukten under sitt kännetecken.

> Ett exempel som visar på att lagstiftaren inte följt kännetecknets förändrade kommersiella ursprung kan också vara kravet på sändarangivelse i 5 § MFL. Det förekom enligt Marknadsföringsutredningen (MU) i betydande omfattning att näringsidkarna i stället för sin firma använde ett varumärke eller annat kännetecken som beteckning för rörelsen. I många fall användes också varumärket som beteckning även för de varor och tjänster som bjöds ut. Om ett sådant varumärke bedömdes vara etablerat bland konsumenter eller andra förbrukare, borde huvudkravet på firmaangivelse kunna efterges.[34] Det förutsätter emellertid att kännetecknet inte är licensierat eller att licenstagaren tydligt ger sig till känna som rättighetsinnehavare, något som inte alltid sker.

På det horisontella planet kan iakttas två huvudspår. *Det ena* avser att ett företag licensierar tillverkning av märkesvaror till andra näringsidkare som antingen levererar de färdiga varorna för distribution och marknadsföring till licensgivaren, eller inom ramen för licensen får rätt att såväl producera som leverera varorna till avnämarkretsen. I det senare fallet blir kopplingen mellan ursprung och kännetecken synnerligen svag, genom att det kommersiella ursprunget begränsas endast till den

[33] Jfr Vanzetti i GRUR Int. 1965 s. 136.
[34] SOU 1993:59 s. 393 f; se Härtill Nordell i SvJT 1999 s. 849 och 856.

givna licensen.[35] I det förra fallet är det kommersiella ursprunget starkare i.o.m. att de så att säga legotillverkade varorna ändå förs ut på marknaden av kännetecknshavaren.

Det andra huvudspåret är att företag fusionerar eller att ett företag säljer en del av sin verksamhet till ett annat företag i samma bransch, något som har blivit en del av den moderna företagsmarknaden.[36] Detta skapar problem vad avser en rad kännetecken. Ett talande exempel kan vara *Volvo*, där *Volvos* tillverkning av personbilar har sålts till *Ford* som i dag äger även bland annat *Mazda*, *Jaguar* och *Aston Martin*. Det andra exemplet är *Rolls-Royce*, vars personbilstillverkning i dag ägs av *Volkswagen*, medan flygplansmotortillverkningen finns kvar i det ursprungliga företaget. Många andra liknande exempel kan ges från livsmedelsindustrin, där vissa företag notoriskt köpt upp mindre företag. Ett exempel kan vara *Marabou* som köptes av det norska företaget *Freia* som köptes upp av det multinationella livsmedelsföretaget *Kraft Food* (*Kraft Freia*) som ingår i *Philip Morris*-koncernen (numera *Altria*). Ett annat exempel kan vara *GB-Glace* som i dag ägs av *Unilever.* (Motsvarigheten till *GB-Glace* heter t.ex. i Portugal *Olá* och tillhandahåller praktiskt taget samma utbud som *GB*). Detta kan också väcka frågor av mer principiellt slag om kännetecknens *vilseledande* egenskaper (se härom vidare nedan avd. 4.5 och 6.4).

I många fall kan antas att samhället har ändrats inom ramen för den ovan beskrivna immaterialiseringstendensen (se ovan s. 17 och nedan s. 530 ff.), så att många förbrukare i dag är medvetna, såväl om att skilda kännetecken kan byta kommersiella ursprung, som att varor med samma kännetecken kan ha skilda faktiska ursprung. Medan ursprungsangivelsefunktionen tidigare således torde ha uppfattats som en angivelse om ett faktiskt ursprung, torde huvudregeln i dag vara att när man talar en ursprungsangivelsefunktion, det snarast är fråga om varans kommersiella ursprung – den som är kännetecknshavare. Detta kompliceras naturligtvis ytterligare av att många kännetecken licensieras, inte bara till

[35] Jfr Troller i Festschrift für Philipp Möhring s. 292 f.
[36] Jfr op. cit. s. 293 ff.

nationella generalagenter eller motsvarande, utan även till skilda artfrämmande produktkategorier. Genom t.ex. s.k. *merchandising* kommer de att få olika *de facto* kommersiella ursprung.

Kännetecknets ursprungsangivelsefunktion i dag låter sig således inte klart definiera. I vissa fall tar den fortfarande sikte på en viss plats eller ett visst tillverkningsställe. (I de fallen tar den fortfarande klart sikte på en viss *referens.*) I de flesta fall står det emellertid klart att den är mer eller mindre lösgjord från ett tydligt faktiskt ursprung. Även om det kommersiella ursprunget alltid tagit sikte på den aktuelle varukänneteckenshavaren, vars anknytning till varan och dess ursprung kan vara starkare eller svagare, är det tydligt hur den materiella förbindelsen mellan produktion och kännetecken försvagats. Det betyder att utifrån utvecklingen av kännetecknets ursprungsangivelsefunktion, såväl kännetecknsrättens *referens* som *mening* kommit att försvagas. Det är i dag självklart att kännetecknet varken står för en given *referens* eller *mening*. Dessa kan ändras med förutsättningarna. En licenstagare torde emellertid som regel, vara tvungen att verka för att den *mening* (ev. även *referens*) som finns i ett kännetecken vidmakthålls. I licensavtal, särskilt av kvalitetsvaror, är det därför av väsentlig betydelse för kännetecknshavaren att han förser avtalet med klausuler om minimikvalitet och kvalitetskontroll (jfr nedan s. 363 f.). Kontrollen blir då alltså inte bara ett sätt för känneteckenshavaren att skydda *goodwill*, utan också att skydda sig från angrepp mot varumärket på grund av vilseledande om egenskap.[37] Klausuler om kvalitetskontroll är särskilt viktiga när licensgivarens och licenstagarens varor säljs parallellt på samma marknad under samma varumärke.[38] En förvärvare av ett kännetecken för en viss produkt torde normalt sett också vara benägen att behålla den *mening* eller *goodwill* som finns i det förvärvade kännetecknet. Man kan dock tänka sig att förvärvaren, om utrymme därför finns i förvärvsavtalet,

[37] Se Varumärken från konsumentsynpunkt s. 357 ff. och s. 393 ff. Där behandlas riskerna samt konsekvenserna av att konsumenten vilseleds beroende på att varornas kvalitet inte är överensstämmande.

[38] Se op. cit. s. 141 vad gäller sistnämnda förhållande.

väljer att så att säga plöja ned kännetecknet för de förvärvade varorna till förmån för egna konkurrerande varor.

> Ett konkret exempel på hur kravet på ursprungsangivelse kommer till materiellt uttryck är geografiska ursprungsbeteckningar (se härom nedan avd. 4.3.5.1). Medan det tidigare var självklart att tillverkningskompetens och geografiska särförhållanden gjorde det antingen praktiskt eller ekonomiskt uteslutet att tillverka produkter med motsvarande kvaliteter utanför det geografiska området, har kompetens och skicklighet utökats geografiskt, så att det i dag i praktiken är möjligt att producera det mesta utanför det geografiska området med motsvarande eller i vart fall likvärdig kvalitet, något som fått geografiska ursprungsbeteckningar att utvecklats till ett eget slag av skydd för ursprung.

Av allt att döma, är många kännetecken i dag i själva verket *metaobjekt* – de är kännetecken *per se* – vilket medför att deras kommersiella ursprung i egentlig bemärkelse blir den juridiska person som för tillfället är innehavare av kännetecknet.[39] Alternativt blir kännetecknets kommersiella ursprung *immaterialiserat* till själva kännetecknet i sig. Detta har blivit tydligt på senare tid på vissa marknader, dels livsmedelsmarknaden, där synnerligen starka varukännetecken synes ha blivit en handelsvara i sig, dels bilmarknaden inom vilken bilmärken byter ägare allt oftare. Ytterligare ett fall där detta har tydliggjorts kan vara merchandising av skilda slag, där väl ansedda kännetecken eller andra företeelser licensieras som kännetecken för artfrämmande ändamål.[40] Man kan i dessa fall med fog fråga sig, för det första, vilket som är ett sådant känneteckens verkliga kommersiella ursprung och för det andra, om uttrycket kommersiellt ursprung alls har någon faktisk innebörd.[41]

---

[39] Enligt Koktvedgaard sakanade sådana kännetecken en bestämd symbol-funktion (se Immaterialretspositioner s. 161 ff.).

[40] Se härom Noveller s. 221; Ruijsenaars, Character Merchandising in Europe s. 1 ff.

[41] Jfr härtill Levin i NIR 1994 s. 520.

2.3 Garanti-, kvalitets- och informationsfunktion

Ursprungsfunktionen har ett direkt samband med varumärkets *garantifunktion*. I det s.k. *Arsenal*-avgörandet[42] (varom mera nedan s. 404 f.) förklarade EG-domstolen hur varumärkets grundläggande funktion var att för konsumenten eller slutanvändaren av en vara eller tjänst som täcks av varumärket *garantera* dess *ursprung*, så att denne utan risk för förväxling kunde särskilja denna vara eller tjänst från andra med ett annat ursprung. För att varumärket skulle kunna fylla denna funktion och vara ett väsentligt inslag i det system med sund konkurrens som Europafördraget syftade till att införa och upprätthålla, måste det nämligen utgöra en *garanti* för att alla produkter eller tjänster som bar det, hade framställts eller tillhandahållits under kontroll av ett enda företag som ansvarade för deras kvalitet (p. 48).[43]

VFU uttalade att varumärkena tjänade till ledning för konsumenterna i valet mellan olika konkurrerande varor. Genom varumärket kunde köparen identifiera den speciella vara som han hade anledning att tro bäst motsvarade hans särskilda behov och önskemål. I varumärket såg han ett slags *garanti* för att varan hade de egenskaper eller den kvalitet som han förband med en viss tillverkning eller hade vant sig att finna hos den.[44]

Det är viktigt att påpeka, att kvalitet i denna bemärkelse inte behöver innebära att kännetecknet är bättre ju högre kvalitet som varorna har. Det viktiga är i stället att ett visst kännetecken skall ange varor med en konstant och garanterad kvalitet.[45] Kännetecknet möjliggör för konsumenten att identifiera den vara som han vill ha. Om han har köpt varan tidigare, vet han av erfarenhet vilken kvalitet som varan har haft hittills och därmed hur väl den kunnat tillgodose hans önskemål. När förbrukaren finner varan, bör han på goda grunder kunna förlita sig till att den

[42] Mål C-206/01 (Arsenal).
[43] Domstolen åberopade här mål 102/77 (Hoffmann-La Roche) och mål C-299/99 (Philips).
[44] SOU 1958:10 s. 48.
[45] Jfr Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 29.

har samma kvalitet som tidigare eller vad som utlovats i reklamen.[46] Detta gynnar på sikt inte bara omsättningskretsen utan också kännetecknenshavaren.[47]

Enligt *Tiili* var de med kännetecknet förbundna kvalitetsuppfattningarna subjektiva. En varas kvalitet berodde på den föreställning som köparen hade om kvaliteten. Det kunde då sägas vara likgiltigt om en produkt gynnades på grund av verkliga eller inbillade egenskaper. Dock borde det konstateras, att garantifunktionen i allmänhet hos köparen framkallade förväntningar som hade sin motsvarighet i verkligheten, medan reklamfunktionen (se om den strax nedan) åter skapade förväntningar som i många fall inte hade någon reell bakgrund, utan bara existerade i köparens fantasi.[48]

Inget ekonomiskt system kan fungera utan en kontinuerlig ström av information. Således kan inte förbättringar av produkter och nya användningsområden för dem, liksom inte heller lanseringen av nya produkter, ske utan informationsförmedling av något slag. Den löpande marknadsinformationen förmedlas på skilda vägar, beroende bland annat av omsättningskretsens storlek och efterfrågan, marknadens geografiska område, produktslag samt vad informationen avser.[49] I en marknadsföringssituation kan kännetecken i stor utsträckning användas som verktyg för att förmedla denna information.[50]

Även om s.k. deskriptiva kännetecken, d.v.s. kännetecken som anger egenskaper hos varan eller dess användningsområde (se vidare nedan avd. 4.3.3.2) inte kan åtnjuta kännetecknensrättsligt skydd, är det uppenbart att kännetecken på visst sätt eljest kan fylla en informationsfunktion i vidare bemärkelse. Till att börja med kan kännetecknet vara suggestivt (se vidare nedan s. 215 ff.) och därigenom antyda vissa egenskaper eller användningsområden. Det kan också vara attributivt på ett eller annat sätt (jfr t.ex. det tänkta kännetecknet *Triton* för något som har med

---

[46] Se Riehle s. 110; jfr Tiili i NIR 1970 s. 243.
[47] Jfr SOU 1958:10 s. 48.
[48] Tiili i NIR 1970 s. 246; Tiili hänvisar till Riehle s. 119 f.
[49] Se Albinsson/Tengelin/Wärneryd, Reklamens ekonomiska roll s. 144 f.
[50] Jfr Swann/Davies i TMR 1994 s. 276.

hav eller sjöfart att göra).[51] Emellertid torde kännetecknets informationsfunktion framträda tydligast efter inarbetning. När ett kännetecken inarbetats, kommer det att beteckna något som omsättningskretsen kan förlita sig till.[52] När garantifunktionen avser varornas kvalitet, kan den funktionen kallas även *kvalitetsfunktion*.[53] Om förbrukarna därmed kan reducera sin osäkerhet om varans egenskaper, genom att köpa välkända varumärken, blir de också beredda att betala för denna trygghet. Genom att bli känt inom marknaden för att stå för vissa egenskaper, viss prisklass eller servicenivå, vända sig till vissa grupper av förbrukare, t.ex. ungdomar, eller stå för viss kvalitet, kan kännetecknet signalera information om egenskaper m.m. hos själva varan. Om varan generellt inte kan svara mot sådana egenskaper, kan kännetecknet, i vart fall teoretiskt sett, anses som vilseledande. Sådana effekter torde kunna uppstå främst om kännetecknet överlåts eller licensieras till någon som inte kan upprätthålla överlåtarens eller licensgivarens tidigare hållna kvalitetsnivå eller garantier gentemot förbrukarna. Kännetecknenshavaren försöker i många fall anpassa den information som kännetecknet skall förmedla till omsättningskretsen, inte bara i fråga om praktiska, utan även sociala, psykologiska, estetiska och andra funktioner.[54]

Enligt den s.k. *sanningsgrundsatsen* skall en förbrukare emellertid kunna förlita sig till att en vara med ett visst kännetecken skall ha ett visst ursprung med antagna kvalifikationer, d.v.s. att kännetecknet till sitt innehåll skall överensstämma med sanningen.[55] Det får inte vilseleda om den vara eller tjänst som kännetecknet avser.[56]

Enligt *Kobbernagel* hade sanningsgrundsatsen med säkerhet sitt ursprung i rent offentligrättsliga bevekelsegrunder. De äldsta firmarättsliga bestäm-

[51] Jfr Werkman s. 12 ff.

[52] Tiili i NIR 1970 s. 245; Melin talar om kännetecknet som en riskreducerare (Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 29).

[53] Se Tiili i NIR 1970 s. 242.

[54] Jfr Albinsson/Tengelin/Wärneryd, Reklamens ekonomiska roll s. 146.

[55] Se Andreasen, Varemærkeretten i Konkurrenceretlig Belysning. En retssammenlignende Analyse af Varemærkerettens Grundbegreber og en Fremstilling af Ejendomsretten til Varemærker (cit. Andreasen) s. 221 ff.; Kobbernagel II s. 114 ff.; jfr Koktvedgaard/Levin s. 355.

[56] Se Bernitz i NIR 1975 s. 183 ff. Bernitz hänvisar på s. 184 allmänt till Kobbernagel, Konkurrencens retlige regulering I s. 80 ff.

> melserna syntes tillkomna med hänsyn till myndigheternas önskan om insyn i vem som bedrev en viss verksamhet och vem som i förekommande fall kunde hållas ansvarig för kontraktsbrott.[57] I varumärkeslagen återfanns sanningsgrundsatsen i de bestämmelser som skyddade förbrukarna, medan ensamrättsprincipen uttrycktes i de bestämmelser som skyddade näringsidkarna, på ett sådant sätt att det inte alltid var lätt att se vilket motiv som var bärande.[58]

Vid inarbetning av ett kännetecken är det ett visst beteendemönster hos omsättningskretsen som inarbetas. När omsättningskretsen känner igen en viss vara, bör även viss kunskap om varans prestanda – styrka, tålighet, livslängd m.m. – vara känd hos omsättningskretsen. Eftersom detta beteendemönster inarbetas med hjälp av kännetecknet, kommer beteendet (med *Sartres* terminologi) att *fastna* på kännetecknet. Kännetecknet blir därmed en symbol, inte bara för ett visst kommersiellt ursprung, utan också för en viss kvalitet och vissa egenskaper. Denna koppling mellan vara och kännetecken är en viktig beståndsdel i kännetecknets *goodwill* eller *renommé*. Det blir tydligast, kanske främst om kännetecknshavaren missbrukar kännetecknets kvalitetsgaranti, genom att försämra kvaliteten på varorna så att omsättningskretsen får sämre produkter än väntat.

VmL innehåller ett par bestämmelser som mer direkt syftar till att tillgodose sanningsgrundsatsen och upprätthålla kännetecknets kvalitetsfunktion. Enligt 35 § första stycket VmL kan en kännetecknshavare förbjudas att använda ett varukännetecken, om det efter överlåtelse eller licens är vilseledande i den nye innehavarens eller licenstagarens hand. *Sanningsgrundsatsen* tar därmed snarast utgångspunkt i läran om vilseledande kännetecken enligt 14 § första stycket 2 VmL och 10 § första stycket 3 FL.[59] Enligt *Koktvedgaard/Levin,* blev emellertid sanningsgrundsatsen (eller *sanningsprincipen*), även om den också fanns inom

---

[57] Kobbernagel II s. 116.

[58] Op. cit. s. 117.

[59] Ett visst förbud mot registrering av vilseledande kännetecken hade kommit till uttryck i praxis redan innan 1960 års VmL (se RÅ 1944 H. 7 (Dentaletten) och RÅ 1944 H. 47 (Mycell)); jfr Heiding s. 204.

varumärkesrätten, särskilt tydlig inom firmarätten, eftersom firman ofta innehåller väsentliga upplysningar om näringsidkaren och hans verksamhet.[60]

I 4 a § andra stycket VmL finns också en särskild bestämmelse som tar sikte på tredje mans handhavande med varorna, till skydd för kännetecknshavaren, enligt vilken kännetecknshavaren kan förhindra tredje man att använda kännetecknet för varor som finns inom marknaden, om varornas skick har förändrats eller försämrats eller om det finns någon annan skälig grund för kännetecknshavaren att motsätta sig användningen (se vidare nedan s. 413 f.).

När man talar om kännetecknets garantifunktion, är det viktigt att först understryka att med *garanti* kan förstås olika saker. Det kan röra sig antingen om en garanti att varan med ett visst kännetecken har ett visst *ursprung* (jfr ovan om ursprungsangivelsefunktionen), eller att varan har viss given *kvalitet*. Dessa båda föremål kan ju också delvis sammanfalla, om ursprunget i sig borgar för viss kvalitet. Kännetecknets garantifunktion i båda dessa hänseenden har särskilt påpekats av EG-domstolen i ett antal avgöranden om ompaketering av läkemedel, där garantiförpliktelser naturligtvis blir av särskild betydelse från säkerhetssynpunkt. Uttolkningen av innebörden av dessa avgöranden kompliceras delvis av att det inte alltid framgår vad som avses med garanti.

Det första avgörandet, där garantifunktionen påpekades, var det s.k. *Centrafarm*-avgörandet[61] där just *sanningsgrundsatsen* poängterades och där det uttalades att kännetecknsrättens funktion var att *garantera* ett visst *ursprung*. Domstolen uttalade att varumärkets huvudfunktion bestod i att för konsumenter eller andra förbrukare *garantera* produktens ursprung så att de utan förväxlingsrisk kunde skilja den från produkter av annat ursprung. Ett liknande uttalande gjordes av domstolen i *Hoffman la Roche*-avgörandet.[62] Domstolen uttalade där att varumärkets grundläggande funktion var att *garantera* märkesvarans *ursprungsidentitet* för konsumenten eller den slutlige användaren, genom att göra

[60] Koktvedgaard/Levin s. 355; jfr SOU 1958:10 s. 326.
[61] Mål C-16/74 (Centrafarm). Se om det nedan s. 421 ff.
[62] Mål C-102/77 (Hoffman la Roche). Se om det nedan s. 423.

det möjligt att utan förväxlingsrisk särskilja den från sådana varor som hade ett annat ursprung. Denna ursprungsgaranti innebar närmare att konsumenten eller den slutlige användaren kunde vara säker på att en märkesvara som erbjöds honom inte på ett tidigare stadium av omsättningen hade varit föremål för ett ingrepp som hade utförts av tredje man utan innehavarens tillstånd och som hade påverkat varans ursprungliga beskaffenhet.[63]

I det därpå följande *Terranova*-avgörandet[64] uttalade domstolen att varumärkets huvudfunktion att garantera konsumenterna att likadant märkta varor hade samma ursprung redan kunde vara underminerad på grund av frivillig märkesuppdelning.

Kännetecknets garanti- och kvalitetsfunktioner var också föremål för överväganden i de senare i *Hag II*-,[65] *Ideal Standard*-[66] och *Canon*-avgörandena.[67] I det senare uttalade domstolen, med hänvisning till *Hag II*-avgörandet, att varumärkets grundläggande funktion var att för konsumenten eller slutanvändaren av en vara eller tjänst som täcktes av varumärket garantera dess ursprungsidentitet, så att denne, utan risk för förväxling, kunde särskilja denna vara eller tjänst från andra med ett annat ursprung. För att varumärket skulle kunna fylla denna funktion och vara ett väsentligt inslag i det system med sund konkurrens som Europafördraget syftade till att införa och upprätthålla, måste det utgöra en garanti för att alla produkter som bar det hade framställts under kontroll av ett enda företag som var ansvarigt för deras kvalitet (p. 28).[68] Här är det således fråga ytterst om en ursprungsgaranti som i sig avser att varor med ett visst kännetecken håller den kvalitet som förknippas med varor av visst kommersiellt ursprung.

Garantifunktionen har således också flera komponenter. Naturligtvis står varans kvalitet i centrum. Men kvaliteten måste relateras till det va-

---

[63] Se Mål 102/77 (Hoffmann-La Roche) p. 6–7; jfr mål C-443/99 (Merck) p. 12.
[64] Mål C-119/75 (Terranova).
[65] Mål C-10/89 (Kaffee Hag II).
[66] Mål C-3/93 (Ideal Standard).
[67] Mål C-39/97 den 29 september 1998 (Canon). Se härom vidare nedan s. 266 f.
[68] Jfr härtill de mer specifika kvalitetskraven i ompaketeringsavgörandena.

rumärke som varan bär, såväl som till omsättningskretsens uppfattning om vilken kvalitet som kan erfordras av varor som bär ett visst kännetecken, och kännetecknenshavarens vilja och förmåga att kunna tillgodose de emotsedda kraven. Det gör att man kan tala både om *objektiv* och om *subjektiv kvalitet* hos en vara. Med objektiv kvalitet förstås varans faktiska prestanda. Den subjektiva kvaliteten avser varans förmåga att tillfredsställa en bestämd förväntan hos köparen, sådan den har kommit till uttryck genom marknadsföring av den kännetecknade varan.[69] Kännetecknet blir för omsättningskretsen en symbol som koordinerar varans karaktäristiska och typiska egenskaper. Kännetecknenshavaren kan därmed, med kännetecknets hjälp, främja avsättningen av sin produkt genom att tillgodogöra sig det goda renommé som kännetecknet förvärvat.[70]

Genom att kännetecknet har särskiljningsfunktion, kan det framkalla uppfattningen hos omsättningskretsen att de varor som är försedda med ett visst kännetecken skiljer sig från varor som inte är försedda med det kännetecknet. Detta kan ses som garantifunktionens *negativa* sida.[71] En seriös näringsidkare måste tänka långsiktigt. Därför är det viktigt att marknadsföringen träffar rätt förbrukare. Den som köper varan måste veta vad han skall ha den till. Det är också viktigt att varorna håller en viss, jämn – hög eller låg – kvalitet. Har de sämre kvalitet än konsumenten haft anledning att förvänta sig, finns risk att han inte köper varan fler än en gång. Detsamma blir risken om marknadsföringen träffat fel målgrupp. På grund av att en förändring av varans kvalitet i förhållande till omsättningskretsens förväntade uppfattning om den inte direkt, har att göra med kännetecknets eller kännetecknensrättens uppkomst, bestånd eller skydd mot intrång, utan med missbruk av rättigheten, har omsättningskretsens uppfattning av kännetecknets kvalitet främst ansetts höra hemma inom *marknadsrätten*, eftersom en kännetecknenshavare i sin marknadsföring hos omsättningskretsen kan åstadkomma uppfattning-

[69] Se Schluep, Das Markenrecht als subjektives Recht (cit. Schluep) s. 71 f.; jfr Tiili i NIR 1970 s. 242.

[70] Tiili i NIR 1970 s. 243.

[71] Se Riehle s. 107; jfr Vanzetti i GRUR Int. 1965 133 f.; Schluep s. 68; Tiili i NIR 1970 s. 241.

en att varor som bär ett visst kännetecken, har en viss kvalitet. Om varornas kvalitet förändras, främst försämras, kan konsumenterna vilseledas att tro att vad de köper är bättre än förväntat. Det finns flera regler som syftar till att förhindra sådant vilseledande, både inom och utanför kännetecknsrätten. Eftersom omsättningskretsen ofta utgörs av konsumenter, kan frågan om kännetecknets garantifunktion i förekommande fall även få konsumenträttsliga effekter.[72] Det torde emellertid vara allom bekant att välrenommerade företag verkar för att bibehålla kvaliteten hos märkta varor. Gör de inte det, kommer varumärket snabbt i vanrykte.[73]

Ett motiv till det utvidgade skyddet för väl ansedda kännetecken i 6 § andra stycket VmL (varom mera nedan avd. 4.4.5) var enligt VFU att det kunde hända att köparen visserligen insåg att en vara inte kom från innehavaren av det välrenommerade kännetecknet, utan från någon annan, men på grund av att båda använde samma kännetecken, kunde han bibringas föreställningen om en viss samhörighet mellan rörelserna. Han förleddes härigenom att tro att den *garanti* som han förband med märkeshavarens varor omfattade även den andres varor.[74] Motivet bakom det utvidgade skyddet för väl ansedda kännetecken är därför inte minst att upprätthålla kännetecknets garantifunktion. Det som medför att ett kännetecken blir väl ansett, är ju främst att de varor som marknadsförts under kännetecknet under lång tid, kunnat garantera en viss jämn kvalitet. Skyddet i 6 § andra stycket VmL siktar därför till att stärka kännetecknshavarens möjligheter att bevara omsättningskretsens uppfattning om att varor som marknadsförs under kännetecknet också motsvarar den förväntan om kvalitet som inarbetningen tillskapat. Det utgör i den aspekten således ett direkt skydd för *mening*.

---

[72] En på senare tid uppmärksammad fråga är hur och i vilken utsträckning varumärkesrätten i sådana sammanhang korresponderar med det i sig från konsumentsynpunkt lagreglerade och Europarättsligt harmoniserade produktansvaret och om varumärkeshavaren, i egenskap av licensgivare, omfattas av produktansvarslagens (Se Plogell i NIR 1995 s. 76 ff.).

[73] Koktvedgaard/Levin s. 276.

[74] SOU 1958:10 s. 135. I utredningen hänvisas här till Åndsretten s. 450 not 2.

En förändring av den *objektiva kvaliteten* kan, men behöver inte alltid, medföra att den subjektiva kvaliteten ändras. Förändringen av den *subjektiva kvaliteten* är beroende också av om den för produkten typiska förmågan att tillfredsställa ett behov ändras. Den subjektiva kvaliteten ändras därför bara om också produktens karaktäristiska och typiska kvalitativa egenskaper ändras.[75]

I marknadsföringslitteraturen talas om *produktpositionering*.[76] Produktens *position* kan definieras som det sätt på vilket produkten *uppfattas* av konsumenten med hänsyn till dess utseende eller andra viktiga attribut i relation till konkurrerande produkter. Vissa bilmärken är t.ex. positionerade som lyxbilar, andra som familjebilar, andra åter är positionerade som stadsbilar. En enkel väg att positionera en vara på är genom *jämförande reklam* eller jämförelser i reklam där den produkt som skall jämföras antingen relateras till produkter av ett visst slag eller till en eller flera konkurrenters produkter (se vidare nedan avd. 6.5). Jämförelse i marknadsföring kan ske också genom att näringsidkaren åberopar annans skyddade kännetecken (se vidare nedan avd. 5.3).

I anslutning till garanti- och kvalitetsfunktionen kanske man också skulle kunna tala om en kännetecknets *informationsfunktion*. Genom att använda kännetecken kan förbrukarna få en förhandsuppfattning om vilka varor som de köper och vilka egenskaper som de har köpt, utan att behöva ägna tid och möda åt att införskaffa information om varje enskild vara vid varje köptillfälle.

2.4 Reklamfunktion

Som ovan antyds, kan i den senare utvecklingen av kännetecknsrätten urskiljas en *immaterialiseringsdimension* (jfr ovan s. 17 och nedan s. 528 ff.). Från att det tidigare var varan som stod i centrum och kännetecknet som utgjorde förbindelselänken mellan vara och näringsidkare,

[75] Schluep s. 71 f.; Tiili i NIR 1970 s. 242.

[76] Se Principles of Marketing s. 235 ff.; Keller, passim; Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 146 ff.; Varumärkesstrategi s. 96 ff.

genom att varorna försågs med näringsidkarens namn, har på den aktuella marknaden i senare tid kännetecknet blivit en självständig beståndsdel i en medveten marknadsföringsprocess, där den *vara* som skall marknadsföras, kanske blir det sista och i vart fall inte det mest dominerande momentet i marknadsföringsprocessen (jfr ovan s. 30).[77]

Eftersom näringsidkaren som regel är intresserad av att skapa en identitet åt sina kännetecken, är det naturligt att den åstadkoms genom att använda varumärket i marknadsföring.[78] Marknadsföringen av varor och tjänster utgör således gränssnitt mellan producent och konsument. För producenten är det huvudsakliga målet att långsiktigt få så stor avsättning som möjligt för sina varor. I denna strävan är effektiv marknadsföring ett viktigt instrument. För att en marknadsföringsprocess skall lyckas, måste det därför finnas en *strategi*,[79] där varukännetecknet i dag intar en viktig plats. För riktigt starka kännetecken utgör kännetecknet i sig ofta tillräcklig uppmärksamhet för att ge avsättning för de varor som marknadsförs under det. Ytterligare information om varans egenskaper, användningsområden eller kvalitet blir då överflödig. Betydande reklam görs i det fallet ofta i stor utsträckning redan genom att rätt kategori av människor omger sig med, och på avsett vis exponerar, varukännetecknet. Det ger i sig indikation om varans egenskaper och kvalitet.[80] En bra väg till *reklamfunktion* är att med hjälp av kännetecknet erbjuda identifikationsmöjligheter. Det kan ske genom att ett visst kännetecken i marknadsföringen identifieras med vissa egenskaper eller människotyper. Genom att köpa den särskilda varan skall köparna fås att tro att de samtidigt förvärvar de egenskaper, den livsstil eller är en sådan människotyp som reklamen försöker identifiera.[81]

---

[77] Jfr Schneider i Schweizeriche Mitteilungen über Immaterialgüterrecht 1993 s. 405 f.

[78] Pickering s. 47; jfr Heiding som konstaterade att omsättningen också kunde befordras genom reklam och ”i våra dagar har reklamen fått en allt större omfattning. Varumärket är därvid ett utmärkt hjälpmedel.” (Heiding s. 15).

[79] Se Murphy s. 1 ff.; jfr Riis i NIR 2000 s. 21

[80] Jfr Immaterialretspositioner s. 168.

[81] Jfr Tiili i NIR 1970 s. 244; jfr Vanzetti i GRUR Int. 1965 s. 141 som i samband med reklamfunktionen talade om kännetecknets *suggestionsfunktion*.

Reklamfunktionen kan sägas vara den bakre delen av individualiseringsfunktionen och avser då *kännetecknshavarens relation till kännetecknet*.[82] Med reklamfunktion avses att kännetecknet som sådant påverkar avsättningen.[83] Syftet med användningen av ett kännetecken med reklamfunktion blir då inte främst att ange ett ursprung, utan mer renodlat att öka omsättningen, eller snarare att påverka omsättningskretsen till att fatta köpbeslut. I viss mån kan en sådan påverkan också åvägabringas genom val av märken som i sig själva suggererar köpare av skilda kategorier till att köpa varor med vissa kännetecken. De kan då kanske ytterst vädja till ökad konsumtion. Detta påverkar inte bara människors olika smak, utan också deras förmåga att projicera sig själva i saker omkring dem.[84]

Enligt *Tiili* skapade kännetecknets reklamfunktion förväntningar som i många fall inte hade någon reell bakgrund, utan bara existerar i köparens fantasi.[85] Reklamfunktion kan uppkomma på olika sätt. För det första kan man tänka sig att kännetecknet till sin typ är ägnat att fånga omsättningskretsens uppmärksamhet. Vanligare torde emellertid vara att kännetecknen får ett reklamvärde efter inarbetning. Genom ihärdig inarbetning, kan ett kännetecken få sådant renommé att det i sig kan ge reklam åt produkten. Ett *inarbetat* kännetecken, kan få en *image* som kan skapas genom väl genomförd marknadsföring. Denna form av psykisk särskiljning av varor är tydligast när produkter endast obetydligt skiljer sig från varandra i fråga om pris eller kvalitet.[86]

Reklamfunktionens betydelse har varit föremål för prövning i en rad avgöranden av EG-domstolen under den senare delen av 1900-talet. I EG-domstolens s.k. *Dior*-avgörande[87] ville den nationella domstolen veta om varumärkets *reklamfunktion* äventyrades genom att en återförsäljare, på grund av det sätt på vilket denne använde varumärket i sin

[82] Jfr Riis i NIR 2000 s. 21.
[83] Jfr Tiili i NIR 1970 s. 243 f.
[84] Jfr Immaterialretspositioner s. 162.
[85] Se Tiili s. 246; Tiili hänvisar till Riehle s. 119 f.
[86] Jfr Tiili i NIR 1970 s. 244 f.
[87] Mål C-337/95 (Dior). Se om det vidare nedan s. 419 f.

reklam, skadade den bild av lyx och prestige som var knuten till det (p. 39).

> Med hänvisning till *Bristol-Myers Squibb*-avgörandet,[88] anförde domstolen att skada som åsamkades varumärkets anseende, i princip kunde vara skälig grund, i det hänseende som avsågs i art. 7.2 i direktivet, för innehavaren att motsätta sig fortsatt marknadsföring av varor som hade förts ut på marknaden av honom eller med hans samtycke (p. 43). Detta betydde att när en återförsäljare använde ett varumärke för fortsatt marknadsföring av varor, det skulle göras en avvägning mellan å ena sidan varumärkeshavarens berättigade intresse av att skyddas mot återförsäljare som använde hans varumärke i reklamsyfte på ett sätt som kunde skada varumärket och å den andra sidan återförsäljarens intresse av att kunna sälja de ifrågavarande produkterna genom att göra reklam för dem på sätt som var vedertagna i hans bransch (p. 44). Om det var fråga om lyxiga och prestigefyllda produkter, fick återförsäljaren inte handla illojalt mot varumärkeshavarens berättigade intresse. Han måste således anstränga sig för att undvika att hans reklam påverkade varumärkets värde genom att skada de ifrågavarande produkternas dragningskraft, prestigefyllda framtoning och aura av lyx (p. 45).

Intressant att uppmärksamma i *Dior*-avgörandet är hur EG-domstolen således relaterar omfånget för rättens utövande till egenskaper hos varumärket ifråga. Det framgår av domstolens motivering inte helt tydligt om det med *lyxiga och prestigefyllda produkter* avses produkter som i sig – på grund av sin materiella kvalitet eller utformning – signalerar *lyx* och *prestige*, eller om det är en förvärvad *mening* som avses. Även om det i detta avgörande uppenbarligen var fråga om kännetecken med förvärvad *mening*, kan det inte uteslutas att även andra egenskaper, såsom produktutformning, distributionskanaler och pris, vilka på sätt och vis också – direkt eller medelbart – kan påverka kännetecknets *mening*, kan bli avgörande för återförsäljarens handlingsfrihet. Dessa aspekter av kännetecknets *mening* får således betydelse för såväl kännetecknets

[88] De förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 (Bristol-Mayers Squibb). Se om det nedan s. 422 f.

skyddsomfång som för kännetecknsrättens omfattning i det enskilda fallet.

2.5 Marknadsstyrande funktion och konkurrensfunktion

Inarbetade kännetecken utvecklas vanligen till en av kännetecknshavarens viktigaste tillgångar. Enligt *Melin* hade etablerade kännetecken ofta en bred bas av märkeslojala konsumenter, vilken fungerade som en svårforcerad inträdesbarriär för potentiella etablerare. För kännetecknshavaren borde målsättningen därför vara att utveckla märkeslojalitet och bygga upp inträdesbarriärer.[89]

Ett kännetecken har också en *marknadsstyrande* funktion. Det är viktigt för en näringsidkare att välja ett bra varukännetecken från början. Genom valet av kännetecken kan omsättningskretsen påverkas att köpa en viss vara. Enligt VFU hade varumärket förmåga att stimulera en verksam konkurrens mellan olika företag genom att det kunde vägleda köparen till det inköp som han från sina synpunkter med hänsyn till behov, önskemål, pris och kvalitet, ansåg mest förmånligt. Till följd därav var varumärket kanske den mest betydelsefulla av de olika faktorer som kunde främja konkurrensen mellan enskilda företagare.[90] Här kan man emellertid tänka sig att denna funktion kan komma i konflikt med den ovan berörda sanningsgrundsatsen och kännetecknets garantifunktion, nämligen för det fall att kännetecknet i sig signalerar viss kvalitet, vissa egenskaper eller ett ursprung som inte motsvarar varans.

Melin talade om kännetecknet som *positioneringsinstrument*,[91] vilket närmast torde höra hemma under vad som traditionellt har hänförts till kännetecknets marknadsstyrande funktion. Med utgångspunkt i kännetecknshavarens *segmentering* av marknaden, kunde kännetecknet enligt *Melin* användas som ett effektivt positioneringsverktyg. Ett företag

[89] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 56; jfr Söderlund, Den lojala kunden s. 114 ff. och 159 ff.

[90] SOU 1958:10 s. 48.

[91] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 27.

kunde t.ex. betjäna en marknad med flera kännetecken, vart och ett distinkt positionerat med utgångspunkt i skilda målgruppers behov och med hänsyn tagen till konkurrerande märkesvarors positioner inom marknaden. Ett företag kunde även välja att använda ett givet marknadssegment med ett flertal varukännetecken med likartad positionering, s.k. *multibranding* (se nedan avd. 6.8 om kännetecknensdifferentiering).[92] Övervägandena måste emellertid göras även utifrån juridiska förutsättningar. Kännetecknet får ju t.ex. inte positioneras så att det inom omsättningskretsen uppfattas som vilseledande eller förväxlingsbart med annans kännetecken.

Det kan också finnas en risk med att få en alltför stark marknadsposition. *Melin* tog under rubriken om *varumärkets olika funktioner* också upp kännetecknet som konkurrensmedel. Han konstaterade där att en av kännetecknets viktigaste funktioner var att det tillät kännetecknenshavaren att kommunicera direkt med konsumenten utan att gå omvägen via detaljisten, vilket gjorde att ett företag som lyckats bygga upp en bred bas av märkeslojala konsumenter, även skapade ett starkt konkurrensmedel gentemot detaljister.[93]

I och med att de immateriella ensamrätterna fungerar som *rättsligt* monopol, finns en naturlig risk för att en rättighetshavare, med rätten i sin hand, kan missbruka den på ett sådant sätt att det i praktiken uppstår ett *faktiskt* monopol inom marknaden.[94] Detta problem är kanske mest påtagligt inom patenträttens och mönsterrättens områden, men det har även visat sig inom upphovsrätten.[95] För kännetecknsrätten är det ju endast rätten till själva kännetecknet som omfattas av monopolet.

I den konkurrensinriktade näringslivsstruktur som eftersträvas i en marknadsekonomi, skall vem som helst ha rätt att dra till sig kunder genom att erbjuda bättre och billigare varor än konkurrenterna. De immaterialrättsliga lagarna har alla *konkurrensbefrämjande* syfte, men kan

---

92 Loc. cit.

93 Loc. cit. Se även Söderlund, Den nöjda kunden.

94 Jfr Immaterialretspositioner s. 37 ff.

95 Se härom Eklöf, Upphovsrätt i konkurrens – särskilt om tvångslicensiering.

samtidigt ha *konkurrensbegränsande* effekter.[96] Det är i det sammanhanget viktigt att peka på den medelbara kopplingen mellan regler som syftar till att skydda en konkurrent i det enskilda fallet och regler som är avsedda att skydda den allmänna *konkurrensen* inom marknaden.[97] Inom *konkurrensrätten* har *samhällsintresset* satts i förgrunden.[98] Det tillgodoses enligt den konkurrensrättsliga lagstiftningen genom att skydda näringsidkare och konsumentkollektivet mot otillbörliga åtgärder inom marknaden, vilka är *konkurrensbegränsande*, d.v.s. vilka stör en effektiv marknadskonkurrens. Vid prövning av vad som i ett enskilt fall skall anses som skadlig verkan av konkurrensbegränsning bör en åtgärd bedömas inte bara med hänsyn till sina direkta verkningar. Den måste också sättas in i vidare sammanhang som inte är teorins fria konkurrens, utan en ur samhällelig synpunkt *effektiv* eller *fungerande* sådan, vilket kan beskrivas som en konkurrens som driver utvecklingen i den riktning som på längre sikt kan förmodas innebära det bästa utnyttjandet av samhälleliga resurser.[99] För att åstadkomma en fungerande konkurrens krävs avvägningar mellan skilda, ofta oförenliga, intressen. Samhällspolitiska målsättningar kan stå mot marknadsparternas vilja. Konkurrenslagen (KL) möjliggör ingripande mot konkurrensbegränsande avtal (6–8 §§ KL) och förbud mot missbruk av dominerande ställning (19 § KL). Vissa av de gruppundantag som gäller för konkurrensbegränsande avtal, har bäring på kännetecknenslicenser. Primärt är gruppundantaget för vertikala avtal av intresse här.

Eftersom kännetecknensrätten innebär en rätt att använda kännetecknet som just individualiseringsmedel *för varor eller tjänster*, kan rätten till mycket starkt inarbetade kännetecken medföra att en monopolliknande situation uppstår för en viss vara – *uppfattningsmonopol*, *de facto-monopol* eller *kvasimonopol* – d.v.s. att omsättningskretsen riktar blicken endast mot en särskild märkesvara, trots att det finns andra, lik-

[96] Se Varumärken från konsumentsynpunkt s. 108 ff.

[97] Se Immaterialretspositioner och Schovsbo, Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten.

[98] Se SOU 1993:59 s. 69 ff.

[99] Jfr Konkurrensverkets instruktion.

värdiga varor inom marknaden som marknadsförs under andra kännetecken.[100] Varan som är omfattad av uppfattningsmonopolet kan visserligen teoretiskt sett sägas möta konkurrens från andra varor, vilka objektivt sett är likvärdiga, men kännetecknets starka ställning medför att kännetecknenshavaren får en dominerande position i distributionskedjan. Den ensamrätt som föreligger till en produkts väl ansedda kännetecken kan därför skapa en monopolliknande situation genom att kännetecknet i förbrukarnas ögon särpräglar varan på ett sätt som försvårar effektiv konkurrens från till och med identiskt lika varor, eftersom konsumenterna får den uppfattningen att det inte finns substitut. Därmed föreligger i och för sig en konkurrensbegränsning. Här spelar naturligtvis även substituerbarheten för den vara eller tjänst som omfattas av rättigheten en avgörande roll.[101] Det är lättare än eljest att framkalla ett kännetecknensmonopol när det är svårt att jämföra kvaliteten mellan varorna. Det är fallet t.ex. när kvaliteten inte kan avgöras av det yttre utseendet.[102] Desamma torde vara fallet beträffande tjänster.

Konkurrensrätten möjliggör förbud mot sådan användning av kännetecknensrätten som syftar till eller som får som följd att konkurrensen inom marknaden hämmas eller snedvrids. Även konkurrensbegränsningsrätten avgränsar därmed på sätt och vis medelbart kännetecknensrättens föremål. Den kan inte hindra själva innehavet av en kännetecknensrätt, men väl utövandet på ett konkurrensbegränsande sätt av den.[103] Konkurrensrätten hotar därmed knappast kännetecknets *referens*, utan närmast vissa aspekter av dess *mening*.

Kännetecknensrätten har också, i egenskap av individualiseringsmedel som sagt, samtidigt en konkurrensbefrämjande effekt, eftersom den ger rättighetshavaren ett investeringsincitament. Vissa begränsningar av

---

[100] Jfr Martenius, Konkurrenslagstiftningen s. 46 och 52.

[101] Se Henning-Bodewig/Kur, Marke und Verbraucher I (cit. Marke und Verbraucher) s. 50; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 111; Jfr Martenius, Konkurrenslagstiftningen s. 46.

[102] Detta kan exempelvis vara vanligt beträffande reservdelar (jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 111).

[103] Jfr EG-domstolens i ett flertal fall markerade distinktion mellan rättens ”specific subject matter” och dess ”essential function”. Se härom Pehrson, EG och immaterialrätten s. 35 ff.; jfr Noveller s. 141.

konkurrensen är inte bara godtagbara, utan förmånliga och rent av nödvändiga, från samhällets synpunkt. I dess egenskap av individualiseringsmedel differentierar kännetecknet produkterna i konsumenternas ögon.[104] En näringsidkares befogade intresse att i sin näringsverksamhet använda annan näringsidkares kännetecken (jfr nedan avd. 5.3–6) är således i väsentlig grad av konkurrensrättslig beskaffenhet.

2.6 Sammanfattning och utgångspunkter

Ovan har företagits endast en översiktlig undersökning av kännetecknets syften och funktioner i dag. Det är emellertid viktigt att skilja mellan kännetecknets faktiska funktioner och de funktioner som erkänns av kännetecknsrätten. När kännetecknets funktioner behandlas i litteraturen, blandas ofta kännetecknets *faktiska* funktioner samman med de funktioner som är erkända av *kännetecknsrätten*.[105] För att få en överblick över kännetecknsrättens föremål och dess gränser, bör därför belysas såväl kännetecknets faktiska funktioner och egenskaper som de egenskaper och funktioner som åtnjuter rättsskydd.[106]

Enligt EG-domstolens praxis kan det slås fast att varukännetecknsrätten omfattar i vart fall såväl ett skydd för *ursprungsangivelsefunktionen* som för *reklamfunktionen*.[107] När det gäller *symbol-*, *särskiljnings-*, *individualiserings* och *ursprungsangivelserna*, kan konstateras att dessa kan anses omfattade av det kännetecknsrättsliga skyddet, såtillvida som de avser skilda aspekter av kännetecknsrättens fundamentala skyddsförutsättningar – särskiljningsförmåga och förväxlingsbarhet. Enligt *Holmqvist förekom ibland en del oklart tänkande* som berodde på att den kännetecknsrättsliga särskiljningsförmågan inte alltid hölls klart

[104] Op. cit. s. 117; SOU 1958:10 s. 48; prop. 1981/82:165 s. 189; SOU 1978:9 s. 143; Sandström i NIR 1982 s. 444.

[105] Jfr Immaterialretspositioner s. 171.

[106] En sådan avgränsning företas också av Riehle som skiljer mellan kännetecknets verkliga och skyddade funktioner (se Riehle s. 106).

[107] Varumärkeskonflikter s. 330; jfr Sack i GRUR 1996 s. 669 ff.

isär från kännetecknets faktiska individualiserade verkan av det bruk som gjorde beteckningen till ett varukännetecken i omsättningskretsens ögon.[108]

Man kan väl inte säga att kännetecknets *kommunikationsfunktion* i sig är föremål för skydd i direkt bemärkelse.[109] Kommunikationsfunktionen kan emellertid bli av medelbar rättslig betydelse sedd t.ex. till kännetecknets associationsskydd, förbudet mot vilseledande kännetecken, skyddet för väl ansedda kännetecken m.m. alltefter kännetecknets förmåga att just *kommunicera* associationer, vilseledande egenskaper eller eget eller annans anseende. Enligt *Levin* var det uppenbart att, precis som vad gäller varukännetecken, ursprungsbeteckningar också ofta hade något slags *kommunikationsfunktion*. Konsumenten fick viktiga upplysningar om verklig eller inbillad kvalitet i vid bemärkelse och hans rationella eller irrationella val bland produkter inom marknaden underlättades. Därmed innebar utnyttjandet av geografiska ursprungsbeteckningar ett ovärderligt hjälpmedel när det gällde att erövra marknader.[110]

Ursprungsangivelsefunktionen är en sida av symbol- och särskiljningsfunktionen och i den delen skyddad primärt av kännetecknsrätten. Andra delar av den, t.ex. i fråga om faktiskt ursprung, är skyddade av kännetecknsrätten enligt 14 § VmL. Andra åter, åtnjuter skydd enligt marknadsrätten. För de *geografiska ursprungsbeteckningarna* står naturligtvis ursprungsangivelsefunktionen i centrum. Genom att använda sådana pekas varor ut efter deras bestämda nationella, regionala eller lokala ursprung och särskiljer sig därigenom från andra varor med annat geografiskt ursprung.[111]

Särskilt när det gäller ursprungsangivelsefunktionen, men i princip även i vad avser andra – symbol-, särskiljnings- och individualiseringsfunktionerna – så ger kännetecknsrätten ett skydd mot att kännetecknet

[108] Holmqvist i NIR 1975 s. 257.
[109] Jfr generaladvokatens uttalande i det s.k. Siekmann-avgörandet (mål C-273/00) p. 19; jfr Varumärkeskonflikter s. 331.
[110] ”Made in Sweden” s. 12.
[111] Se op. cit. s. 11.

i sig inte blir *vilseledande* eller mot användningen av ett kännetecken som är vilseledande om egenskap eller ursprung. Också när det gäller informations-, garanti-, och kvalitetsangivelsefunktionerna, kan tänkas att kännetecknsrätten ger skydd mot att ett kännetecken vilseleder om varans kvalitativa egenskaper, servicegrad m.m.

När man talar om kännetecknets *garantifunktion*, är det värt att påminna om att den inte avser funktioner som uttryckligen omfattas av det kännetecknsrättsliga skyddet. Emellertid har den förts fram som en viktig kännetecknsrättslig funktion i rättspraxis, främst från EG-domstolen. Några av kännetecknsrättens regler rör dock, i vart fall medelbart, kännetecknets garantifunktion. För det första bör nämnas bestämmelsen i 4 § andra stycket VmL som gäller situationen att varan har förändrats eller försämrats sedan den förts ut på marknaden. Vidare kan ju de bestämmelser som primärt syftar till att skydda konsumenter eller förbrukare, såsom möjligheten att enligt 35 § VmL förbjuda en *vilseledande användning* av ett kännetecken, ha bäring på kännetecknets garantifunktion. I övrigt regleras faktiskt ursprung enligt regler om geografiska ursprungsbeteckningar, vilka som regel garanterar att varorna har en viss kvalitet eller särskilda egenskaper. Vilseledande om faktiskt ursprung kan också åtkommas med marknadsföringsrättsliga regler.

Kännetecknet kan i sig inte medföra något åtagande för kännetecknenshavaren. Om kännetecknets garantifunktion inte är juridiskt exigibel, kan frågas vilket värde eller realitet – om alls – som den har.[112] I själva verket torde garantifunktionen på många sätt relativt effektivt ändå tillgodoses genom dagens marknadsföringslagstiftning. Om ett kännetecken signalerar en egenskap som inte motsvaras av förbrukarnas förväntningar, är ju kännetecknet *de facto* vilseledande enligt 6 och 8 a §§ MFL[113] (se härom vidare nedan under 6.4–5) och därmed direkt skadeståndsgrundande gentemot näringsidkaren (som förvisso inte behöver vara densamme som kännetecknenshavaren), något som ju inte är möjligt vid förbud enligt 35 § VmL. En annan och mer komplicerad frå-

[112] Jfr härtill Pickering s. 46 f.
[113] Jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 100.

ga är sedan hur skadan skall uppskattas. Hur som helst kan antas att ett av kännetecknshavarens främsta syften med att marknadsföra sina varor under ett visst kännetecken är att förbrukarna skall bli nöjda med varan och på nytt efterfråga varor med samma kännetecken.[114] Den *mening* som utvecklats i kännetecknet, genom att förbrukarna nyttjat varan, kan således även ha utsträckts till förväntningar om andra varor med samma kännetecken, vilket ger förväntningar hos dem om enahanda kvalitet hos samtliga varor som bär kännetecknet, något som det naturligen ligger i kännetecknshavarens intresse att tillförsäkra.

Även om rent civilrättsligt ansvar inte kan antas komma ifråga för en garanti av det slag som beskrivits strax ovan,[115] kan man ändå tänka sig att kännetecknsrättens garantifunktion kan få rent civilrättsliga uttryck i vissa särskilda situationer. Det gäller kanske främst i förhållande till den skadeståndsrättsliga produktansvarslagstiftningen. Enligt 6 § 4 produktansvarslagen följer nämligen ett strikt ansvar för produktskada för den som marknadsfört en produkt med skadebringande egenskaper och genom att förse den med sitt namn, varumärke eller annat kännetecken. Bestämmelsen motsvaras närmast av produktansvarsdirektivets art. 3.1.[116]

Ett garantiåtagande kan också uppfattas som en *tjänst*, och man skulle därmed kunna uppfatta varumärkets garantifunktion som en med kännetecknet förknippad utfästelse att verka för att varor med ett visst kännetecken håller viss kvalitet. Även om ett sådant åtagande inte kan göras obligationsrättsligt giltigt, har många välrenommerade kännetecknshavare ändå som policy gentemot förbrukarna att åtgärda fel i varorna. Det gäller ofta långt utöver vad som eljest följer av obligationsrättslig lagstiftning. Värt att observera här är dock hur marknadsföringslagstiftningens bestämmelser om vilseledande marknadsföring medelbart fungerar som ett remedium för att garantifunktionen skall upprätthållas. Marknadsföringslagstiftningens möjlighet till ersättning för skador även

[114] Se Söderlund, Den lojala kunden och Murphy s. 7; jfr Pickering s. 46 f.
[115] Jfr Markedsret s. 138.
[116] Direktiv 85/37/EEC om produktansvar. Se om detta problem utförligt Plogell i NIR 1995 s. 76 ff.; jfr även Koktvedgaard/Wallberg s. 2.

hos konsumenter fungerar hos många seriösa återförsäljare och detaljister därmed så att säga som garant för att kännetecknen håller vad de lovar.

Reklamfunktionen kan uppfattas som en del av den *marknadsstyrande* funktionen. Varken reklamfunktionen eller den marknadsstyrande funktionen synes vara omfattad av kännetecknsrätten, i vart fall inte i trängre bemärkelse, men om kännetecknet kan styra marknadsaktörerna på ett samhällsskadligt sätt som rubbar marknadskonkurrensen, skulle man kunna tänka sig att konkurrensrätten kan användas som korrektionsinstrument.

Konkurrensfunktionen kan på visst sätt uppfattas som en aspekt av särskiljningsfunktionen, men omfattas inte av kännetecknsrätten i den del som den syftar till att åstadkomma monopol – i vart fall inte uppfattningsmonopol. Dock är det, i vart fall teoretiskt sett, möjligt att åtkomma ett sådant monopol med konkurrensrättsliga medel, om ett sådant monopol skulle anses som missbruk av en dominerande ställning och medföra skadlig påverkan inom marknaden.

Ett exempel på möjlighet att med hjälp av konkurrensrätten åtkomma missbruk av starka kännetecken kan vara *leveransvägran*, d.v.s. att en kännetecknshavare vägrar att leverera till vissa underleverantörer eller detaljister. Enligt den äldre 1982 års KL ålades i ett antal fall märkesvaruföretag att leverera till vissa lågpriskedjor och lågprisvaruhus.[117] S.k. *selektiv* försäljning har emellertid i praxis godtagits när det varit fråga om ett konsekvent tillämpat selektivt system, där det samtidigt finns tillgängliga substitut och inga allmänna synpunkter talar för en genombrytning av systemet.[118] Om en företagare på ett konsekvent sätt och efter rent företagsekonomiska överväganden begränsade sin försäljning till vissa köpare, ansågs det av MD inte heller utgöra diskriminering av dem

[117] Se MD 1991:14 (Sko Kanonen) angående skor av märket *Eco*, MD 1982:17 (Levi's) som gällde leveransvägran av jeans till ett lågprisvaruhus samt MD 1991:4 (Hedbergs Guld & Silver II), MD 1992:1 (Hedbergs Guld & Silver III), MD 1984:7 (Guldkedjan) och MD 1983:4 (Ur och Penn), vilka samtliga gällde leveransvägran av ur.

[118] Fejø, Monopolret og marked. Studier i EF-konkurrenceretten med US-amerikansk antitrustret som sammenligningsgrundlag og med støtte i markedsøkonomisk grundteori s. 314 ff.; jfr NO dnr 92/1957 (Wasabröd) och SOU 1978:9 s. 114.

med vilka affärsförbindelse inte upptogs. Ett exempel kunde vara att en tillverkare eller grossist fann det fördelaktigt att i varje stad sälja endast till en eller några få detaljister, eftersom han på så sätt fick avtala med den som särskilt intresserade sig för hans produkter.[119] Andra exempel kunde vara att en tillverkare fann det mest lämpligt att sälja endast genom grossister eller att en tillverkare av halvfabrikat utförde direktleveranser endast till större företag. Förutsättningarna för att enligt gällande rätt förbjuda sådan selektiv försäljning är emellertid väsentligt mer begränsade, eftersom det krävs att det leveransvägrande företagets kännetecken har en *de facto* dominerande ställning inom marknaden, något som sällan torde vara för handen med tanke på att det som regel alltid finns substitut.

Som regel krävs således även andra, tekniskt betingade, omständigheter för att en produkt med visst kännetecken och som nått en sådan *de facto* dominerande ställning skall kunna åtkommas konkurrensrättsligt. Ett i det sammanhanget belysande avgörande enligt äldre svensk rätt gällde frågan om konkurrensbegränsande utövande av kännetecksrätt, där fråga var om rätten att återfylla och distribuera kolsyrecylindrar till läskedrycksmaskiner av märket *Sodastream*.[120] Medan det varumärkesrättsliga målet i intrångsfrågan[121] var föremål för prövning i TRn tog Näringsfrihetsombudsmannen (NO) upp konkurrensbegränsningsfrågan efter anmälan av återfyllningsföretaget.

NO konstaterade att om *Sodastreams* talan i intrångsmålet vann bifall, skulle det kunna leda till att även andra gasleverantörer började märka sina förpackningar, vilket i sin tur kunde få en konkurrensbegränsande effekt inom marknaden. Enligt NO hade några direkta konkurrensbegränsande effekter emellertid inte uppstått, varför han valde att avvakta domstolens utslag. Om talan däremot vann bifall, vilket sedan också skedde, var det inte otänkbart att frågan kunde tas upp på nytt. En möjlig åtgärd för att undanröja den skadliga verkan kunde i sådana

[119] Jfr NFR 1963:6 (Master).
[120] NO beslut 1983-01-04; PoK 1983/2 s. 67 (Sodastream I).
[121] NJA 1988 s. 183 (Sodastream). Se om avgörandet vidare nedan under avd. 5.4. Se om avgörandet även Karnell i JT 1989/90 s. 642 ff. och Nordell i NIR 1992 s. 487.

fall vara att kännetecknshavaren ålades att anbringa varumärket så att det lätt kunde avlägsnas eller täckas över. I den senare prövningen av ärendet[122] uttalade NO att *Sodastreams* tillvägagångssätt principiellt kunde anses monopolbildande. Emellertid hade lönsamheten successivt försämrats på grund av konkurrensläget. NO ansåg därför att ett ingripande kunde leda till att *Sodastream* tvingades lämna den svenska marknaden, varför tillräckliga skäl för ett ingripande inte förelåg.

[122] NO beslut 1985-12-09; PoK 2/1986 s. 35 (Sodastream II).

3. Kännetecknets semantiska föremål och egenskaper

Ordkännetecknet, är varans *namn*. Det tjänar som *symbol* för en viss näringsidkares varor. Konsumenter identifierar produkten genom att uttala produktens namn och i många fall utgörs varukännetecken också av andras – traditionellt sett vanligen producentens – *egennamn*.[1]

Med ord kan människor förmedla tankeinnehåll. De kan vara hörbara eller synliga men även kännbara. Ett ord kan vara mer eller mindre bestämt. Sett till substantiv kan man tala om föremål vilket som helst inom en viss kategori. Ju mer deras variationsområde begränsas genom inskränkande bestämningar, desto mer *bestämda* blir de, t.ex. *något*, *vara*, *godis*, *Mars*, i vad avser choklad, eller vad gäller personer: *varelse*, *människa*, *poet*, *Eliot*. Ett ord kan också bestämmas av de yttre omständigheter som utmärker den situation eller det sammanhang i vilket det yttras.[2] Om man frågar någon om han har köpt *Mars* eller *Bounty*, uppfattas det knappast så att han har köpt planeten Mars eller skeppet Bounty, utan choklad av det ena eller andra märket. Om han svarar *Japp!*, blir det oklart vad han egentligen har köpt – chokladprodukter av endera slaget? Av sammanhanget torde emellertid i vart fall följa att han inte köpt t.ex. en borr av märket *Japp*.

Ett ord har i grunden två beståndsdelar: *form* och *innehåll*. Medan formen avser själva uttrycket, en serie språkljud eller en kombination av

[1] Werkman. s. 5.
[2] Jfr Regnéll s. 62.

bokstäver, avser ordets innehåll vad ordet står för eller symboliserar.[3] Denna dubbla egenskap – *bipolaritet* – är en nödvändig förutsättning för alla ord. Utan den finns inget språk.[4]

Ord har eller får olika semantiska egenskaper, inte bara utifrån hur de tillkommer, utan även utifrån hur de kommer till användning och uppfattas av skilda människor. De får därvid olika *mening* och *referens*. I detta kapitel beskrivs vad som karaktäriserar ordkännetecken och ordkännetecknets främst semantiska egenskaper i belysning av sina juridiska skyddsförutsättningar. Här ges således en teoretisk underbyggnad där kännetecknets semantiska egenskaper står i centrum och där kännetecknets semantiska föremål och känneteckensrättens skyddsobjekt beskrivs.

3.1 Mening och referens

Utgångspunkten i *Freges* teori om *mening* och *referens* är logiken. Den s.k. *Leibnitz' lag* (eller *substitutionsprincipen*) går ut på att om man har en formel och i formeln ersätter ett namn med ett annat som betecknar samma individ, blir resultatet en formel som är sann om, och endast om, den ursprungliga formeln är sann,[5] d.v.s:

$a=a$ och $a=b$.

Att det finns en skillnad mellan satsen $a=a$ och $a=b$ är självklart. Skillnaden är att $a=a$ gäller *a priori*, medan sanningen i $a=b$ har att göra med vad *a* och *b står* för. Om *a* och *b avser*, *betyder* eller *står för* samma sak borde $a=a$ vara lika giltigt som $a=b$.

> *Frege* konstaterade att medan $a=a$, i enlighet med *Kant*, kunde anses analytisk, innehöll satsen $a=b$ emellertid ofta en värdefull utvidgning av kunskapen och den kunde inte alltid rättfärdigas *a priori*. Om man betraktade

[3] Jfr, Linell, Människans språk s. 165.
[4] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 15.
[5] Jfr v. Wright s. 171.

> likheter som en relation mellan det som namnen *a* och *b* betydde, verkade *a=a* och *a=b* inte skilja sig åt om *a=b* var sann. Det som här uttrycktes skulle vara ett tings relation till sig självt, d.v.s. den relation som varje ting hade till sig självt, men inte till något annat. Vad man ville säga med *a=b* verkade vara att tecknen eller namnen *a* och *b* betydde detsamma, men relationen mellan dem skulle bara bestå i den mån de betecknade eller betydde något. Den vore en förmedlad relation genom att vart och ett av de båda tecknen förknippats med ett och samma betecknat.[6] Om tecknet *a* skiljer sig från tecknet *b* endast som föremål (genom sin gestalt), och inte som tecken, d.v.s. inte genom sättet på vilket det betecknar, skulle kunskapsvärdet hos *a=a* vara väsentligen detsamma som det hos *a=b*, om *a=b* vore sant. En olikhet kunde komma till stånd bara genom att skillnaden vad gällde tecknet motsvarade en skillnad i det sätt på vilket det betecknade var givet.[7]

Således har ord såväl *referens* som *mening*. Ordets *referens* är dess *omfång* eller *extension* och avser mängden av föremål som svarar mot ordet ifråga. Ordets *mening* avser däremot den uppfattning eller de *kvalitativa* eller *associativa* egenskaper som ordet har. Medan ett känneteckens *referens* är alla varor eller det kommersiella ursprung som kännetecknet *denoterar* eller *refererar* till, avser kännetecknets *mening* den kvalitativa uppfattningen – dess *konnotationer* – av kännetecknet hos omsättningskretsen.

3.1.1 Flera referenser och meningar

Varje *mening* kan ha olika *referenser*.[8] Det är ofta svårt att avgöra om full *referenslikhet* föreligger mellan ord i ett givet fall. Man måste ta hänsyn till alla de skilda slag, former och aspekter av *referens* som finns. En försvårande omständighet är att så många uttryck är mer eller mindre obestämda eller vaga. Också när det gäller ett enskilt konkret sammanhang, kan av det skälet skilda personer ha skilda åsikter om förhållandet mellan skilda uttrycks *referens*. Språkkänslan kan ge olika ut-

[6] Frege s. 34.
[7] Op. cit. s. 35.
[8] Op. cit. s. 27.

slag hos skilda individer.[9] Vissa kan t.ex. uppfatta att det finns en skillnad mellan orden *ur* och *klocka*, medan andra kan anse dem helt synonyma. Ännu mycket vanskligare är det att avge ett generellt omdöme som skall göra anspråk på att täcka en svåröverblickbar mängd av enskilda fall. Det finns då risk, att man generaliserar.[10]

Även om två ord har en och samma *referens*, kan de ha olika *mening*. Man kan vara *inriktad* mot föremålet i dess helhet men särskilt uppmärksamma en viss sida av det, samtidigt som man ändå har andra sidor i tankarna mer eller mindre medvetet. Man kan också vara inriktad mot föremålet i en bestämd aspekt eller situation, men inte i andra. Likväl ser man fortfarande så att säga helheten i delen. Man kan slutligen inrikta sig mot en sida, del eller speciell egenskap som en enhet för sig själv och inte endast som representant för helheten.[11] *Solen* har en enklare syftning än t.ex. *vårsolen* eller *vintersolen*, vilka hänför sig till solen i olika aspekter. Aspektskillnaderna är särskilt framträdande i fråga om *beskrivande uttryck.* Ett sådant beskrivande uttryck kan bestå av ett egennamn i kombination med en bestämning, t.ex. *Cicero som ung* eller *det medeltida Stockholm*. Det kan också vara ett uttryck såsom *den största planeten* eller *den rikaste mannen*. En bestämning kan alltså ange en egenskap eller ett förhållande som tillkommer det *refererade* föremålet. När man betraktar ett föremål, är det i allmänhet någon sida eller någon egenskap som står i förgrunden för uppmärksamheten eller intresset, någonting som man särskilt fäster sig vid och kanske senare minns bättre än annat. Skilda betraktare kan fästa sig vid olika sidor av samma sak, och en och samma iakttagare kan vid skilda tillfällen ta fasta på än den ena sidan och än den andra.[12] *T.S. Eliot* kan uppfattas t.ex. som amerikansk såväl som brittisk poet, och därtill som poet, såväl som dramatiker, professor eller förlagsdirektör. Skillnaderna kan förefalla att vara subtila, men motsvaras inte bara av språkliga, utan även av kännetecknsrättsliga skiljaktigheter. Detta är kända och observerade egen-

[9] Jfr Regnéll s. 68.
[10] Jfr op. cit. s. 68.
[11] Op. cit. s. 53
[12] Op. cit s. 52 f.

skaper hos kännetecken[13] som kommer till uttryck t.ex. vid s.k. kännetecknsdifferentiering. Trots att t.ex. *Ford* och *Volvo* personvagnar i dag har samma kommersiella ursprung (jfr ovan s. 81), ger de ju var för sig uttryck åt skilda egenskaper och uppfattningar hos omsättningskretsen; de har delvis samma *referens*, men olika *mening*.

Det kan i teorin finnas flera andra egenskaper än de av ordet direkt utläsbara. En *liksidig* triangel är i själva verket detsamma som en *likvinklig* triangel. Att dra upp diagonalen i en kvadrat innebär detsamma som att dela kvadraten i två lika delar o.s.v.[14] Det som åstadkoms kan med andra ord beskrivas på flera olika sätt, och vart och ett av dem markerar skillnaden mellan ett slags företeelse och alla andra, t.ex. uppdelningen av kvadraten i fyra lika stora trianglar. Uttryck som ömsesidigt implicerar varandra logiskt, kan då sägas ha samma *referens*. De kan emellertid samtidigt ha olika *mening* i ett annat hänseende. *Meningen* kan nämligen ha flera olika definitionsaspekter, d.v.s. den kan skiljas från andra *meningar* på flera olika sätt, vilket kan skapa problem från ett kännetecknsperspektiv där kännetecknens förväxlingsbarhet skall bedömas också utifrån ett associationsperspektiv. Skillnaden mellan t.ex. *liksidig triangel* och *likvinklig triangel* gäller endast definitionsaspekten, men kanske inte associationsaspekten.[15]

Det finns således situationer där formeln *a=a* och *a=b* inte fungerar. Det gäller t.ex. i fråga om det som brukar kallas *intentionala* eller *opaka*, d.v.s. ogenomskinliga uttryck[16] (jfr nedan s. 120 om egennamnens som regel, *arbiträra* egenskap). Detta illustrerades av *Frege* genom det som sedermera har kommit att kallas *Morgonstjärnans paradox*: En äldre föreställning hos människan var att *Morgonstjärnan* (*a*) och *Aftonstjärnan* (*b*) var två skilda företeelser. Man visste inte att det var en och samma himlakropp – planeten Venus.[17] Hade då dessa stjärnbenämningar samma *referens*, trots att man inte visste det? Man kan säga att

[13] Se allmänt, Varumärkens särskiljningsförmåga.
[14] Jfr Frege s. 35.
[15] Jfr Regnéll s. 60 f.
[16] Se Degeneration of Trade Marks s. 81 ff.; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 27.
[17] Frege s. 27. Detta har stundom även kallats för Aftostjärnans paradox, alt. Freges gåta.

även om Aftonstjärnan och Morgonstjärnan har olika *mening* för dem som talar om dem eller för dem som ser på dem, har de samma *referens* i planeten Venus.[18] *Frege* löste problemet genom att utgå ifrån att den här typen av uttryck i normala fall syftade på *referens* (*Bedeutung*), men att de i opaka kontexter syftade på *mening* (*Sinn*).

Kännetecken kan på samma sätt ha såväl flera *referenser* som flera *meningar*. Ett ordkännetecken kan som bekant vara antingen ett fantasiord[19] eller ett ord som redan finns. Medan ett kännetecken som har tillkommit som ett fantasiord, t.ex. *Kodak*, endast har som *referens* alla *Kodaks* produkter,[20] är *referensen* hos t.ex. ordet *tiger* alla existerande *tigrar*. Använt som kännetecken kommer det emellertid därtill att *referera* till alla varor som bär kännetecknet *Tiger*. *Kodak*, däremot, kan – så länge det uppfattas som ett kännetecken – endast referera till varor av märket *Kodak*.[21] Den kännetecknensrättsliga förväxlingslärans huvudregel, enligt vilken kännetecken är förväxlingsbara endast om de avser varor av samma eller liknande slag (se nedan avd. 4.4.1.5), skapar också semantiskt sett en paradox. Den möjliggör ju att identiska kännetecken kan få två eller flera *referenser*: *Mercedes* kan *referera* till såväl en bil som till en cigarett eller en ros. Det som gör att omsättningskretsen kan skilja dem åt, är i stället deras vitt skilda *meningar*.

3.1.2 Polysemi och homonymi

Ord har skilda *referenser* med hänsyn till skilda individers eller gruppers språkvanor. Om två individer eller två grupper använder samma uttryck mer eller mindre olika, kan man inte alltid för den skull dra slutsatsen att något av användningssätten är felaktigt.[22]

---

[18] Frege s. 35.

[19] I 4 § första stycket i 1884 års varumärkeslag talades om *särskilt uppfunnen benämning* (se härom Varumärkens särskiljningsförmåga s. 76 f.).

[20] Jfr Uggla i NIR 1955 s. 26 och Märkesorientering s. 83.

[21] I Frankrike förekommer uttrycket *kodak* som generiskt namn på en instantkamera.

[22] Regnéll s. 90.

Många ord eller uttryck har också olika *mening* i skilda språk och i skilda situationer. Ett ord är ofta flertydigt. *Knoph* konstaterade att ordens *mening* inte alltid sammanföll med deras rent språkligt filologiska *betydelse*. ”Valører avhenger av miljøet og situationen, slik at det ikke er noe i veien för at samme ord kan ha flere betydninger, brukt til forskjellig tid og under ulike forhold. Icke minst i handelslivet er det almindelig at ordene tas i annen mening enn den offisielle, at de m.a.o. har en *sekundær betydning* ved siden av denne. Det kan ha mange grunner, men en av de viktigste er sikkert at de sprogdannende processer her ofte blir drevet med full bevissthet och stor energi. Den som vil arbeide et merke inn, søker nemlig å gjøre sproget til sin spesielle tjener ved å gi det en ny og særlig betydning, mens konkurrentene til et godt ordmerke gjerne vil trekke merket inn i den vanlige sprogbruk, for å kunne vanne det ut og bruke det selv.”[23]

Flertydighet eller *polysemi* föreligger, endast när de skilda *orden* på ett eller annat sätt hör samman eller är besläktade med varandra från innehållslig synpunkt. Exempel på sådana, polysema uttryck av det mer konkreta slaget kan vara en *kofot* som kan vara såväl en kos fot, d.v.s. *klöv*, som ett *bräckjärn*. En annan typ av flertydiga ord kan vara ord som *markis* och *kanapé*. En tredje typ kan vara ord såsom *krona, blad, grund* och *våg*. Från ord av detta slag skiljs s.k. *homonyma* ord som har helt olika *meningar*, men råkar vara likalydande, t.ex. *jul* och *hjul* (*homofona*) eller *tiger* (djuret) och *tiger* (vara tyst) (*homografa*).[24] Det kan från flera synpunkter vara svårt att dra gränsen mellan polysema och homonyma ord, eftersom de kan ses dels från etymologisk synpunkt, dels endast med hänsyn till samtida språkbruk.[25] De har således i många fall fått såväl annan stavning som innehåll, på grund av utvecklingen i skilda språk och över tid. Om man ser till den kännetecknensrättsliga förväxlingsläran, där huvudregeln är att en helhetsbedömning skall göras (nedan s. 255 ff.), tenderar kännetecken som i sig kan ha helt olika åsyftningar på grund av semantiska bakgrundsfakta, ändå att uppfattas som

[23] Åndsretten s. 442.
[24] Se af Trampe, Språkbrukaren och orden s. 30 och Dallöf, Språklig betydelse s. 65.
[25] Regnéll s. 64 f.

förväxlingsbara. Således blir orden *hjul* och *jul* att anse som förväxlingsbara därför att de är just *homofona*, trots att de som ord betraktade har helt olika *referenser.*

3.1.3 Synonymi

Två skilda ord kan ha en och samma *mening*. Man talar då om *synonymi*. När man vill förklara innebörden av ett ord, görs det genom att nämna ett annat ord eller uttryck med samma eller ungefär samma *mening*. Ordböckernas ordförklaringar är av detta slag. Detsamma gäller om explicita vetenskapliga definitioner.[26] Absolut synonymi förutsätter att två ord har såväl samma *mening* som *referens*, något som regelmässigt inte förekommer inom kännetecknsrätten, (se nedan s. 248 och i fråga om kännetecknsdifferentiering avd. 6.8). En annan sak är att förväxlingsläran i sig skapar en kännetecknsrättslig motsvarighet till just synonymi, eftersom den bygger på en helhetsbedömning.

Om *meningen* är känd, kan man fråga vilken som är *meningens referens*, d.v.s. för vilka existerande föremål *meningen* är träffande. Man försöker ofta bestämma innebörden av synonymi genom att förklara, att skilda ord har samma *referens* i ett givet sammanhang, om de kan *utbytas* mot varandra utan att innehållet av det sagda ändras.[27] Det skall vara möjligt att ändra det ena uttryckets grammatiska form efter mönster av det andra, utan att betydelsen i dess helhet ändras. Ett exempel som gavs av *Regnéll* var att *en forntida persisk inskrift* och *en antik iransk inskription* kan ha samma *mening*. Däremot har en *liksidig triangel* och *likvinklig triangel* det inte, eftersom sida och vinkel har olika *mening*.[28] Lexikalisk synonymi finns t.ex. i de fall där ord har samma *referens* i skilda språk. Den *utbytbarhet* som ges av synonymin är inom kännetecknsrätten egentligen något sekundärt som följer av likheten i fråga om *mening*.[29] Därmed träder den kännetecknsrättsliga förväxlingsläran tydli-

[26] Op cit. s. 67 f.
[27] Op cit. s. 68.
[28] Op cit. s. 62.
[29] Jfr op. cit. s. 68.

gare i dagen, eftersom den tar hänsyn även till andra, *meningsbärande*, aspekter, såsom språk, uttal, stavning och – i bästa fall – hur kännetecken upplevs inom omsättningskretsen. Av särskilt intresse är då kanske förväxlingslärans s.k. *associationsskydd* (se nedan avd. 4.4.6).

Det är i realiteten svårt att finna exempel på två ord som i alla avseenden är synonyma, alltså inte endast beträffande *referens* utan också beträffande samtliga *meningsaspekter* – känsloton, stilvärde o.s.v. Vanligen kan man konstatera överensstämmelse i någon eller några *meningsaspekter*, men inte i alla. Ordens *mening* eller *referens* kan också till största delen vara identiska eller också kan en eller ett par, men inte alla *referenser* och *meningar* vara desamma som i ett annat uttryck.[30] I fråga om varukännetecken kan man kanske hävda att *Coca-Cola* och *COKE* är synonyma. Teoretiskt sett skulle kanske även slogans eller slagord, såsom ”Stoppa en tiger i tanken!” vara synonymt med *Esso*, men även använt som varukännetecken kan antas att slagordet, också efter långvarig inarbetning, får en något annorlunda *mening* än det varukännetecken som varan därtill är åsatt, såsom *Esso*. Anledningen härtill torde vara att det inte är vart och ett av de i slagordet ingående ordens semantiska relation till varan som skall bedömas, utan hela frasens reklamkaraktär, vitsighet, fyndiga formulering e.d. och samtidigt dess beskrivande och berömmande karaktär, vilket gör att slagordet såväl *denoterar* som *konnoterar* något annat, och kanske mer, än själva ordet *Esso* eller de varor som *Esso* skall kännetecknа.[31] I fråga om kännetecknsdifferentiering är det emellertid fråga om skilda *meningsaspekter*, eftersom varan i sig är en och densamma (se härom utförligt nedan avd. 6.8).

Två uttryck, av vilka det ena är sammansatt och det andra osammansatt, kan ha en och samma *referens*, t.ex. *europeisk bison* och *visent*. Är båda uttrycken sammansatta, måste man undersöka vilka *meningar* deras respektive osammansatta element har. Det kan tänkas, att man ut-

[30] Jfr Regnéll s. 70. Det är t.ex. vanligt att man har dels ett inhemskt ord och dels ett utifrån lånat ord med ungefär samma betydelse. Det utländska ordet har dock i allmänhet ett annat stilvärde än det inhemska och ofta också en annan valör (se Regnéll s. 69).

[31] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 430.

tömmande kan analysera vart och ett av uttrycken så att mot *ett element i det ena* svarar *en del i det andra* med alldeles *samma mening.* Om vidare ordföljden och den grammatiska formen i övrigt är av samma typ, kan man konstatera att *meningen* är densamma. Det förutsätter dock, att inget av deluttrycken har vare sig s.k. *noll-konnotation* eller *universell konnotation* (jfr strax nedan om s.k. *noll-denotation*). Semantiskt oväsentliga skillnader i fråga om ordföljd och annan grammatisk form kan förekomma utan att för den skull uttrycken behöver ha olika *mening*.[32]

> Något av en paradox som kan vara värd att beröra här är att den bild som visas på cigarrettpaketen av märket *Camel* i själva verket är en dromedar. Emellertid är den svenska lexikaliska definitionen av kamel enligt den Svenska akademiens ordlista *enpucklig kamel*. Frågan är då om en dromedar är en dromedar eller ett slags kamel och blir ytterst en fråga om vilken *referens* eller *mening* ordet kamel respektive dromedar har eller inte har. Enligt den lexikaliska betydelsen skulle i så fall alla dromedarer *referera* till eller *denotera* alla kameler, men *meningen* måste ändå vara helt annan, d.v.s. att i vart fall ingen dromedar kan ha samma *mening* som en kamel, eftersom kamelen definitionsmässigt har två pucklar. Inte heller ordet *kamel* kan gärna ha samma *mening* som dromedar, eftersom den så att säga har en puckel för mycket.

3.1.4 Endast mening

Ordet *referens* kan vara vilseledande såtillvida som de sökriktningar som anges leder till föremål som erfarenhetsmässigt inte existerar. I stället för att säga att ett ord saknar *referens*, kan man säga att det har *noll-denotation* eller *tom denotation*. Exempel härpå kan vara abstrakta konstruktioner såsom sagofigurer och mytologiska företeelser.[33] Har t.ex. namn på *mytiska väsen*, såsom *Poseidon* och hans följe av *tritoner*, vilka människor en gång i tiden fullt och fast trott på, *referens*? Också *tiden* är en abstrakt, av människor skapad konstruktion, som, trots sin fundamentala faktiska *mening* för det moderna livets mekanik, inte har

[32] Regnéll s. 61 f.
[33] Jfr Frege s. 28.

någon påtaglig *referens*. Det finns inte något föremål som *denoterar tid*.[34] Hit hör på sätt och vis även kännetecken utan förvärvad *primärreferens* – fantasiord. Men sådana kan ha såväl *referens* som *mening* för det företag som använder dem. Här förefaller det mest naturligt att säga, att beskrivningen *saknar referens*[35] även om den har viss *mening*. Det är emellertid kanske rimligt att hävda, att de mytiska figurerna hade *referens*, d.v.s. att de faktiskt existerade. Hur skall man då resonera när det gäller namn på personer som man väl vet bara är uppdiktade, t.ex. *Sherlock Holmes* eller *James Bond*? Fiktionen kan här ha så stark verkan att det faller sig naturligt att säga att *Sherlock Holmes* eller *James Bond refererar* till en fiktiv person – en person i *diktens värld*. När sådana företeelser används som kännetecken, blir frågan emellertid irrelevant, eftersom företeelsen då får *referens* i sitt objekt – varan. Namnlagen ger ett visst skydd för namnet på sådana fiktiva personer, eftersom särskilt skapade namn som ingår i upphovsrättsligt skyddade verk inte får registreras som efternamn enligt 13 § namnlagen (jfr nedan s. 290). Emellertid får man enligt registreringshindren i 13 § första stycket 7 § NamnL inte anta ett nytt efternamn som lätt kan förväxlas med en titel på någon annans skyddade litterära eller konstnärliga verk, om titeln är egenartad, eller ett särskilt skapat namn som förekommer i ett sådant verk och vars utnyttjande skulle innebära en kränkning av någon annans upphovsrätt till verket.

> Observeras i det sammanhanget bör att VK föreslagit att det s.k. titelskyddet avskaffas som registreringshinder i VmL och FL,[36] men att något förslag att avskaffa det i namnlagen inte har lagts. Däremot finns enligt VKs förslag även fortsatt ett hinder mot registreringens bestånd för titeln till annans litterära eller konstnärliga verk.[37]

---

[34] *Världens största djur* har samma betydelse som *val*, men meningen är inte densamma hos de två uttrycken. Det finns nämligen inte något logiskt orimligt i antagandet, att det skulle kunna finnas större djur än valar (se Regnéll s. 60).

[35] Se Regnéll s. 52. Här kan hänvisas till Russels teori för bestämda beskrivningar i detta sammanhang och till vissa klassiska utredningar av Quine om vad det vill säga att ha en viss ”ontologisk” uppfattning.

[36] Se SOU 2001:26 s. 21; jfr s. 174.

[37] Se Regnéll s. 58.

Hur är det slutligen om det varken i logikens eller erfarenhetens eller ens i fiktionens värld finns ett föremål som svarar mot en viss beskrivning, t.ex. *en cirkelrund kvadrat*? Hur som helst kan alla sådana företeelser som saknar ursprunglig *referens*, förvärva sådan, när de används som kännetecken. Inom känneteckensrätten talas om *secondary meaning* (*sekundärmening*). Eftersom *referensbegreppet* inte närmare synes ha varit föremål för den känneteckensrättsliga teoribildningen, torde *secondary meaning* traditionellt således anses omfatta även den för ordet, använt som kännetecken, förvärvade *referensen*.

Det är också en omstridd logisk och språkfilosofisk fråga om uttryck för egenskaper, förhållanden, begrepp, arter, tal o.s.v. kan *referera* till individuella föremål i vanlig bemärkelse eller överhuvud taget till något slags föremål. Ordkombinationen *röd blomma* har t.ex. *referens*, liksom ordet *blomma*, men *röd* är inte ett självständigt namn utan bara en del av en benämning. Hur som helst *denoterar* uttrycket *röd blomma* alla röda blommor. Det faktum att man på ett meningsfullt sätt kan använda egenskapsord är alltså i sig inte ett bevis för att egenskapsord själva har *referens*.[38] Ord hänvisar ofta uttryckligen eller implicit till egenskaper eller förhållanden som kännetecknar de föremål som de avser. Dessa egenskaper eller förhållanden kan då sägas vara *medbetecknade* eller *-konnoterande* och ger åt orden därmed en viss *mening*.[39] På samma sätt kan naturligtvis ett kännetecken ange vissa egenskaper. Om dessa egenskaper inte överensstämmer med angiven *mening*, kan det vara *vilseledande*. (Se härom nedan avd. 4.5 och 6.4).

Ord, sådana som *ideal* och *super*,[40] är i sig positivt laddade. De kan som ord inte ha någon *referens*, men de kan ha *mening* relaterade till ett föremål. Hur fungerar de som kännetecken? Man kan t.ex. tänka sig att kännetecknen väcker associationer om andra kringuppgifter, t.ex. att varans pris är idealiskt (jfr registreringshindren i 13 § första stycket VmL).[41] Av detta skäl har sådana kännetecken inte ansetts kunna regist-

[38] Op. cit. s. 55.
[39] Se op. cit. s. 53.
[40] Jfr Schlüter i MA 1967 s. 159 f.
[41] Se op. cit. s. 160.

reras på grund av bristande särskiljningsförmåga, något som kan diskuteras (se vidare nedan s. 204 ff. och s. 535). Det behöver inte nödvändigtvis vara så, att den positivt laddade *meningen* avser just egenskaper hos varan.

Eftersom registreringsmyndigheten ställs inför en bedömningssituation, där det sökta kännetecknet ofta inte har använts (se härom nedan s. 385, s. 549 ff. och 568 ff.), måste man söka efter alla aspekter av ordets förmåga att ge association till egenskaper hos de varor som kännetecknet skall individualisera. Det innebär att registreringsmyndigheten då måste fatta beslut oberoende av omständigheter relaterade till kännetecknets faktiska egenskaper och de varor, för vilket det faktiskt används. Men när kännetecknet väl har använts, har det kunnat inarbetas, på så sätt att det ofta mycket väl kan skilja känneteckenshavarens varor från andras.

Det finns också ord med *universell denotation*, d.v.s. ord som utpekar vad som helst. Hit räknas ord som *något* och *allt*. Summan av deras möjliga *referens* blir klassens alla företeelser.[42] Det som ligger känneteckensrättsligt närmast till hands är väl kanske generiska beteckningar såsom *vara*, *tjänst*, *kännetecken*, men de är ju inte av slag som vanligen lockar som kännetecken – vare sig som varukännetecken eller näringskännetecken.

3.1.5 Endast referens

Ett namn, har det sagts, ger exempel på något som till skillnad från appellativer inte har *mening*. Redan *Mill* hävdade att egennamn enbart hade *referens*.[43] Egennamn *refererar* till alla individer som bär namnet, men säger typiskt sett inget om egenskaper hos dess bärare. Även om namn kan bestå av *meningsfulla* element, har ju namnets bärare inga gemensamma egenskaper,[44] eftersom de flesta namn inte *markerar* någon

[42] Se Regnéll s. 59.

[43] Mill, A system of logic. Ratiocinative and inductive. Being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation. Vol. 1 s. 34.

[44] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 29.

bestämd *mening*, och framför allt behöver inte *meningen* spela någon *primärt* bestämmande roll vid namnets användning.[45] Det är emellertid en väsentlig skillnad här mellan vanliga personnamn och många andra egennamn. Medan de förra normalt i sig inte kan ha någon gemensam *mening*, är det vanligt att egenartade personnamn, konstnärsnamn och namn på geografiska platser kan ha eller förvärva sådan. I själva verket är många egennamn och ortsangivelser ursprungsangivelser eller egenskapsangivelser, må vara sedan att egenskapen eller ursprunget inte kommit att låda vid den eller det som bär namnet.[46]

En skillnad mellan egennamn och varukännetecken är att egennamn i realiteten fortfarande ofta uppkommer spontant eller väljs urskiljningslöst eller tillkommer slumpmässigt – är arbiträra – medan främst varu- men också näringskännetecken i dag vanligen väljs strategiskt.[47] De skall vara suggestiva. De skall antyda arten av vara eller verksamhet eller egenskaper hos den eller klinga positivt etc. Idén med ett varukännetecken är visserligen att det skall utgöra namn på en viss vara (jfr ovan (s. 36 ff.) om varumärkesrättens utveckling från namnrätten), men dess *symbolfunktion* i förening med att det inte får vara förväxlingsbart med annans varumärke, medför att det också har eller får *mening*.

Även om det i släktnamn fortfarande kan ingå information om en mängd egenskaper och förhållanden som karaktäriserar namnets bärare, måste man åtminstone i dag kunna känna igen den enskilde bäraren och ha ett visst *begrepp* om honom för att kunna använda namnet riktigt. Dessa – om några – utmärkande egenskaper kan dock växla och förändras, d.v.s. så mycket som är förenligt med att föremålet i fråga behåller sin identitet. En människa, ett land eller en stad kan ju förändras i hög grad men ändå förbli samma människa, samma land och samma stad utan att förlora sitt namn.[48]

---

[45] Se Regnéll s. 54.

[46] Så gäller även för många kännetecken som anger en unicitet, t.ex. *4711* som ju avser en adress i Köln och *La Cupole*. (La Cupole är namnet på en legendarisk restaurang i Paris som utmärks för sin takkupol.)

[47] Se, Momberg/Ashton s. 196 ff.

[48] Regnéll s. 53 f.

Om egennamn i allmänhet hade en för språkbruket bestämmande *mening*, skulle den vara lika med *definitionen av respektive tings individualbegrepp*. Med *individualbegrepp* menas det system av bestämningar som tillkommer ett individuellt föremål. *Meningens* bestämmande roll för språkbruket är emellertid i det hänseendet sekundär, såtillvida som namnet från början kan tillförsäkras en bestämd individ, helt oberoende av dess egenskaper. Det är då fråga om en alldeles godtycklig namngivning. Här är att märka att medan firma är ett individualbegrepp i egentlig bemärkelse, eftersom den *refererar* till ett enda singulärt föremål, är varukännetecken det inte. Emellertid kan varukännetecken anses som skenbara individualbegrepp i det att de utpekar en viss vara, om man bortser ifrån att en vara tillverkas i flera exemplar. Av särskilt slag är kollektivmärken och skyddet för geografiska ursprungsbeteckningar. De ger ju samma ensamrätt till samtliga dem som uppfyller kraven för skyddet. Således kan skyddet ges åt ett obestämt antal rättighetshavare.

Även om egennamn som sådana, får anses sakna *mening*, kan man dock hävda att egennamn på sätt och vis kan förvärva *mening* vartefter man lär känna egenskaper hos namnets bärare.[49] I en viss aspekt har således varje namn en *mening*. Det är därför som man kan använda beskrivningar som *en Caesar, en Judas* eller *en Quisling*. Sådana kännetecken har fått ett slags *secondary meaning* (se härom nedan s. 146 ff.) utan att ha någon primär sådan. Här kan man således skilja mellan egennamnets *ursprungliga*, *inre* eller *inneboende mening* å ena sidan och dess förvärvade *mening*. Medan orter som *Söderhamn* och namn såsom *Ulf* är exempel på det förra, är *Quisling* och *Krösus* exempel på det senare.[50]

[49] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 29. (Holmqvist åberopar Jespersen, The philosophy of grammar s. 66.)

[50] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 30.

3.2 Substantiv

Bland de *substantiv* som inte är egennamn, skiljer man mellan *appellativer* och *massord*. *Appellativer* eller *artnamn*, betecknar räknebara *individer* eller *företeelser*. De kan vara antingen konkreta eller ha konkret betydelse, såsom t.ex. *tiger, stol, skog,* eller vara abstrakta, såsom t.ex. *företeelse* eller *tanke*. Massord är sådana substantiv som inte betecknar individer eller enskilda saker och därför normalt inte kan växla mellan singularis och pluralis. De är med andra ord oräknebara. Exempel på massord är t.ex. sömn och regn (*konkreta ämnesnamn*), lycka och humor (*abstrakta ämnesnamn*).[51] Såsom antytts, hör även *egennamn* till substantiven. Dessa har sina egna säregenheter och följer egna semantiska lagar. De skapar på särskilda sätt även egna problem genom att de juridiskt, i vart fall enligt svensk rätt, är kännetecken.

När det gäller *kännetecken*, bör påpekas att de, semantiskt sett, är att anse som substantiv, vilka i många fall kan ha haft ett ursprung i ett egennamn, ett massord – kanske även adjektiv eller verb – men som genom att bli kännetecken har förvandlats till appellativer. Således betecknar *Albin* alla båtmotorer av märket *Albin*. På annat sätt förhåller det sig med egennamn i egentlig bemärkelse. Ett personnamn benämner ju visserligen en individ och skiljer den från andra individer som bär andra namn, men hindrar som regel inte att skilda individer kan ha samma namn. En annan sak är att ytterligare identifieringsmedel behövs när många individer bär samma namn.[52] Enligt *Holmqvist* framstod förhållandet mellan appellativer och egennamn som tydligast i gränsfallen där egennamnen angav vissa egenskaper såsom t.ex. *Söderhamn*.[53] Därtill kommer att många kännetecken ursprungligen har varit egennamn. Således *betecknar* det spanska egennamnet *Mercedes* alla bilar av märket

[51] Jfr Wittgensteins uttalande i Tractatus (2.02331) att ett ting antingen har egenskaper som intet annat har, och att man då utan vidare kan särskilja det från de andra genom en beskrivning, eller också finns det flera ting som har samtliga egenskaper gemensamma, och att det då över huvud taget är omöjligt att peka på ett av dem.

[52] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 17.

[53] Op. cit. s. 18.

Mercedes oavsett form, modell och storlek m.m. För att komplicera bilden förekommer, såsom ovan redan antytts, att varor med skilda kommersiella ursprung kan ha ett och samma kännetecken. *Mercedes* kännetecknar således dessutom alla rosor av den varumärkesskyddade växtsorten *Mercedes*, samtidigt som det är ett vanligt spanskt egennamn.

3.2.1 Tecken

Den mer exakta gränsen mellan *tecken*, *symbol* och *kännetecken* är svår att dra. Såväl *tecken* som *symboler* och *kännetecken* förmedlar viss information eller står för en viss *betydelse*. Ändå föreligger det skillnad i komplexitet och överföring av information dem emellan. Bokstäver och siffror är tecken. De står för något. Ett kryss på skattkartan är ett tecken som anger var skatten finns, men säger inget om skattens innehåll, dess beskaffenhet eller värde. På det sättet är ett tecken statiskt. Det är också faktiskt i den bemärkelsen att det motsvarar ett visst något i sinnevärlden – det har endast ren överföringsfunktion.

Med *tecken* förstås bild, ljud, gest m.m. som förmedlar viss information. Tecknens uppgift är att representera andra företeelser som inte är direkt givna.[54] Med tecken avses vanligen något, i och för sig relativt obetydligt, men som står i samband med något som har större intresse. Ett tecken kan spela flera roller. Det kan föreställa något, ge uttryck åt något, hänvisa till sin egen materialkaraktär, anspela på något, och vara metafor eller något annat slags symbol för något annat än sig självt. Vad som kan avses med ett tecken har analyserats ingående av semiotikens – d.v.s. vetenskapen om tecken och deras mening – stora banbrytare, den schweiziske språkvetaren *de Saussure* och den amerikanske filosofen *Pierce*.

Enligt *de Saussure* bestod ett tecken av *signifiant* och *signifié*. Med *signifiant* förstods tecknets materiella uttryck. Man kan här kanske tala om tecken i inskränkt bemärkelse (på engelska oftast uttryckt som *sign vehicle*, d.v.s. förmedlare eller bärare). Detta var enligt *de Saussure* ar-

[54] Regnéll s. 13.

biträrt, d.v.s. det säger inte i sig något om förhållanden eller egenskaper hos sitt objekt. Exempel härpå kan vara ett vägmärke som varnar för älg – vilken som helst – utan att utpeka någon individ eller någon särskild egenskap hos den. Med *signifié* avsågs dess innehåll, d.v.s. dess korrelat. Enligt *de Saussure* var uttrycket, likaväl som innehållet, delar av tecknet, och först tecknet som helhet stod för verkligheten, till vilken det förhöll sig relativt fritt. Med andra ord var tecknet inte identiskt med vad det står för – inte ens teckeninnehållet.[55] Hos *Pierce* motsvarades *signifiant* av vad han kallade *representamen*. *Signifié* motsvarades hos *Pierce* av *object.* Med *representamen* förstods således det materiella uttrycket, och med *objekt* förstods det som *representamen* refererade till – dess innehåll. *Pierce* hade emellertid en mer komplex uppfattning om tecknet. Det hade enligt honom inte som hos *de Saussure* endast två beståndsdelar, utan även en tredje: *interpretant*, varmed förstods snarast uppfattningen om hur *representamen* och *objekt* förenades. Varje tecken kunde kategoriseras i enlighet med de tre sätt på vilka vart och ett av de tre leden kunde skifta efter uttryckets egen natur, den relation som sammanband uttryck och innehåll och tillämpningens särart. Tecknet bestod således av en relation och de två objekt som relationen förband.

Tecken kunde enligt *Pierce* vidare vara av tre olika slag: *ikon, index* eller *symbol*. Ikoner var tecken vilkas uttryck och innehåll i en eller annan bemärkelse hade samma egenskaper. Ikoner är tecken som har en fysisk likhet mellan uttrycket och tecknets innehåll – det är avbildande. Exempel på ikoner kan vara t.ex. ett vägmärke som avbildar en älg. Vissa språkliga tecken är också ikoner. Det gäller kanske i första hand onomatopoetiska ord.[56] Man kan också tänka sig avbildande skrivtecken, såsom hieroglyfer. Känneteckensrättsligt skulle kanske s.k. suggestiva kännetecken (jfr nedan s. 215 ff.) på visst sätt kunna anses vara ikoner av detta slag, liksom andra kännetecken som på ett eller annat sätt antyder varans användning eller egenskaper. *Index* var tecken, där uttryck och innehåll, alldeles bortsett från teckenrelationen, stod i förbindelse

[55] Jfr Fiske s. 61.

[56] Jfr af Trampe, Språkbrukaren och orden s. 14.

av ett eller annat slag med varandra, t.ex. därför att de var eller hade varit nära varandra, eller genom att de var delar av varandra. De båda objekten betingade alltså varandra oberoende av teckenrelationen. Med *symboler* förstods tecken, vilkas delar inte förbands av någon av dessa relationer, utan bara av själva teckenrelationen.[57] Ett exempel härpå skulle kunna vara rök som är ett tecken på eld.[58]

> I *Marc-Wogaus* Filosofisk uppslagsbok definieras tecken som något sinnligt givet som uttrycker, representerar eller betyder något (det betecknande). Ett tecken är ett led i en treledsrelation (teckenrelation), d.v.s. relationen mellan tecknet, teckentolkaren och det betecknade. Ett tecken betydde i och för sig ingenting; det betydde något först för den som tolkade (förstod) det. Här konstateras också att även andra viktiga distinktioner har framhållits. Det hänvisas till *Husserl*, *Logische Untersuchungen* där *Husserl* skilde mellan två slags tecken: *Anzeichen* (kännetecken) och *Ausdruck* (uttryck), där det förra (t.ex. ett lands flagga) betecknade något, medan det senare (t.ex. ett ord) betydde något. Det konstaterades vidare att terminologin i fråga om tecken och därmed besläktade termer (signal och symbol) i nyare debatt var mycket skiftande.[59]

Här bör alltså observeras att vad som inom semiotiken avses med tecken är något mer komplext än det som avses härmed i allmänt språkbruk eller eljest inom semantiken. När man talar om tecken avses vanligen närmast endast dess uttryck, medan det inom semiotiken avser uttrycket i dess vidare sammanhang, d.v.s. uttrycket och dess föremål, och liksom hos *Pierce* i förekommande fall även uppfattningen om uttryck och föremål.[60] Det semiotiska kännetecknensbegreppet kan således jämföras närmast med det vidare varukänneteckensbegrepp som ofta används inom marknadsföringsteorin, när man där talar t.ex. om *brands*.

---

[57] Pierce, Collected Papers; jfr Fiske s. 64 ff.

[58] Jfr af Trampe, Språkbrukaren och orden s. 14.

[59] Mark-Wogau, Filosofisk uppslagsbok s. 301. Se vidare där givna exempel på teckenanvändning i den senare debatten.

[60] Jfr, Nöth, Handbook of Semiotics s. 79. Denna distinktion är emellertid inte konsekvent upprätthållen ens inom semiotiken, vilket stundom medfört att distinktionen mellan tecken och uttryck kommit att bli oklar.

3.2.2 Symbol

Liksom tecken, anger symboler något annat, utan att vara sig själva. Man kan emellertid tala om symboler i vidare och i trängre bemärkelse. Med symboler i vidare bemärkelse avses då alla företeelser som har symbolegenskaper, d.v.s. att peka ut ett annat objekt utan att vara objektet i sig – det symboliserade. Därmed blir även *tecken* (jfr strax ovan) och kännetecken (jfr nedan s. 130 ff.) att anse som symboler. Även vanliga appellativer, såsom *bord* och *stol*, fungerar därmed tekniskt sett som symboler, eftersom de står för sitt föremål. Symbolegenskap är också en fundamental förutsättning för att något över huvud taget skall kunna skyddas som kännetecken. Inom kännetecknsrätten uttrycks denna funktion främst som *särskiljningsförmåga*, eller *distinktivitet* (jfr nedan s. 201 ff.), men blir i förlängningen även där att uppfatta som ett krav på avsaknad av förväxlingsbarhet, eftersom symbolen inte får *referera* till andra konkurrerande varor.[61] I princip fungerar också massord som symboler i vidare bemärkelse. Ordet *regn*, blir symbol för alla *regn* – förekommande såväl som tänkta. Även orden *ord*, *tecken* och *namn* blir symboler. Sådana ord symboliserar alla *ord*, *tecken* och *namn*, vilka i sig följaktligen är *symboler* för något annat än själva ordet. Dessa ord är semantiska termer till skillnad från substantiva ord i vardaglig bemärkelse, såsom *tiger* och *stol*, vilka hänför sig till företeelser som inte har någon språklig uppgift. Ord av det senare slaget kan kallas *objektord.* De semantiska orden har en rad från logisk-semantisk synpunkt intressanta egenskaper.[62] De kan ge upphov till logiska svårigheter som röjer vissa ytterst problematiska drag, inte bara hos det naturliga språket, utan också för dem som försöker förstå kännetecknets faktiska eller juridiska karaktär.

> En paradox är att ordet *ord* i sig är ett ord och således förefaller syfta på sig självt. Om ord syftar på sig själva, borde de vara ett med sitt objekt, men så är det ju inte. Den reala *referensen* hos ett ord kännetecknar i grunden inte

[61] Jfr Kobbernagel som slog fast att märkets föremål var att differentiera, d.v.s. att åtskilja den ene näringsidkarens produkt eller verksamhet från andras (Kobbernagel II s. 205).

[62] Regnéll s. 76.

> en symbol, utan något fiktivt. Medan ordet *ord* har ordegenskaper, har ordet *stol* däremot inga stolegenskaper. Ordet *stol* pekar i stället på sitt föremål – *das Ding an sich*. Det kan därför inte syfta på sig självt i den betydelse som *ord* tycks kunna göra.[63]

Som symboler i trängre bemärkelse är att anse endast företeelser som pekar ut eller anger ett vidare *meningsinnehåll*. De leder bortom sig själva och är sinnebilder för något. Till skillnad från en bokstav eller en siffra, kan t.ex. den svenska flaggan uppfattas som en symbol för Sverige utan att det för den skull kan anläggas likhetstecken dem emellan. Kännetecken i juridisk förståelse är vanligen symboler av detta slag (jfr ovan s. 72). De anger något som är större än sig själva, men förhållandet är mer komplicerat än så på grund av dess särskilda juridiska egenskaper.

Även om det i detta sammanhang kan anses främmande för en beskrivning av kännetecknensrättens symbolbegrepp, vill jag ändå åberopa den belgiske surrealisten *Magrittes* verk *L'usage de la parole I*, där en bild av en böjd pipa åtföljs av texten ”*Ceci n'est pas une pipe*”, d.v.s. ”Detta är inte en pipa”. Det är förvisso lätt att säga att bilden av en pipa inte är en pipa och att kännetecknet på motsvarande sätt inte är det kännetecknade. Men liksom kännetecknet kan verka som något större, avsåg nog *Magritte* (utan att fördjupa sig alltför långt i den surrealistiska erfarenheten) något större än vad som angavs i texten (*la parole*):

> I den konstvetenskapliga litteraturen finns i anslutning till *Magrittes* alster mycket tolkat och förklarat. En för denna framställning välfunnen och initierad tolkning – oaktat faktum att surrealism inte låter sig tolka – är att bilden av pipan genom inskriften förvandlas till något helt annat; en bild av ett skenbart välkänt föremål som i själva verket är helt okänt. ”Bortsett från de yttre egenskaper, detta föremål tycks dela med pipan, känner vi inget till om det, och dessa yttre egenskaper tycks vara helt vilseledande för vår strävan att få grepp om dess natur. För att ingen skall tro att denna tolkning är slutgiltig bör det tillfogas att bilden även kan uppfattas som ett ifrågasättande av ordens vanliga betydelse”.[64]

---

[63] Op. cit. s. 77.

[64] Sjölin, Den surrealistiska erfarenheten. Upplevelsen. En tolkning av surrealismens åskådning s. 83.

Exemplet ger utgångspunkt för två huvudtyper av symbolegenskap. Den ena gäller frånvaro av igenkänning – den arbiträra. Den andra gäller igenkänning, d.v.s. att man spontant känner igen föremålet efter att ha sett symbolen, vilket torde vara fallet i exemplet med vägmärket som varnar för älg.

3.2.2.1 Metafor, attribut, metonymi och emblem

En metafor är ett slags förkortad liknelse eller en inte utförd jämförelse.[65] En äkta metafor består av två led – sakledet och bildledet. Om man säger att *månen* är *en gul ost*, avser *månen* sakledet, d.v.s. vanligen ett materiellt objekt, medan *en gul ost*, således är bildledet.[66] I en sådan metafor får regelmässigt bildledet symbolegenskaper (t.ex. *ost* för *måne*) och skulle därför teoretiskt sett i en kännetecknsrättslig situation direkt kunna tjäna som kännetecken för objekt inom sakledet, eftersom det automatiskt ges *primärreferens* (jfr nedan s. 144 ff.) och därmed symbolegenskap (jfr ovan s. 72 ff.), vilken dock i denna bemärkelse inte är *månen* som sådan.

Det metaforiska uttrycket kan dock så att säga blekna som sådant. Till sist får det en allmänt erkänd ny *referens* vid sidan av den ursprungliga.[67] Ett bra exempel kan vara *krona* som står såväl för kungakronan som för en valuta. I vissa fall har allmänt kända metaforer också kommit att bli generiska varubeteckningar. Belysande exempel kan vara *akvavit* (*aqua vitae*) och *eau de vie*, d.v.s. *livets vatten* för sprit.

Som ett slags symboler av särskilt slag framstår de *attribut* som hörde till den antika mytologins gudar och väsen: *Poseidons* treudd, *Mars'* lans och sköld, *Athenas* hjälm och uggla, *Apollons* lyra och båge, *Justitias* svärd och våg och *Herakles'* skinn och klubba. I konsten och litteraturen har man således ofta kunnat låta attributen symbolisera dessa figurer eller deras egenskaper. Ofta förekommer de även i kännetecken för varor eller verksamheter som anknyter till figurernas egenskaper.

---

[65] Wellander, Riktig svenska s. 631 f.; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 41.
[66] Se härtill Hallberg, Litterär teori och stilistik s. 76; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 41.
[67] Regnéll s. 74 f.; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 41 f.

Ytterligare en form av symboler är den s.k. *metonymin*. Exempel på *metonymi* är *kronan* för staten, kungahuset eller monarkin och *altaret* för kyrkan. En metonymi är, liksom attribut, en användning av ett ord som innebär att ordet får beteckna något som på ett eller annat sätt står i *samband* med den företeelse som ordet egentligen betecknar. Vanligen framhäver det en särskild omständighet eller egenskap i det som avses att beskriva. Besläktad med metonymin är *synekdoke* eller *pars pro toto*, d.v.s. att låta en del beteckna helheten. Dessa företeelser liknar således på många sätt vad som brukar kallas för suggestiva kännetecken (se härom nedan s. 215 ff.).

Symbolen bör också jämföras med den i litterär stilistik ofta använda företeelsen *emblem*. Därmed avses konkreta metaforer, såsom duvan som står för fred eller palmen som står för seger. Emblematiken hade sin blomstringstid under 1500- och 1600-talen, då man lade upp veritabla samlingar av illustrationer med tillhörande förklarande bildtexter om vad som symboliserades. Emblemen gick ofta tillbaka till antika attribut och föreställningar.[68] Emblematiken har också haft visst genomslag i val av kännetecken, särskilt i äldre tider och är på sätt och vis nära förknippad med vad som kallas kännetecken med *primärmening* (se härom vidare nedan s. 144 ff.). I det perspektivet framträder också gränsdragningen mellan deskriptiva och suggestiva kännetecken särskilt tydligt, eftersom emblemen sedan lång tid använts som vedertagna och allmänt omfattade omskrivningar för sitt föremål (jfr vidare nedan avd. 4.3.3.2). Därför framstår t.ex. kännetecknet *Triton* som särskilt attraktivt, eftersom det under lång tid stått för ett särskilt *meningsinnehåll*.[69]

---

[68] Se Hallberg, Litterär teori och stilistik s. 45.

[69] Jfr dock avgörandet av det norska av Patentstyrets 2. avdeling 21. oktober 1998 i sak nr. 6777 där ordmärket *Gaia* inte ansågs registrerbart på grund av förväxlingsbarhet med *Gaio*. Att ordet *Gaia* var namn på en guddom i grekisk mytologi hade ingen betydelse, eftersom det i den aktuella varans omsättningskrets antogs att fler än en obetydlig del inte hade kunskap om det.

3.2.3 Kännetecken

Hur man än söker i den mer grundläggande semantiska beskrivningen av vad som må vara skillnaden mellan inte bara *symboler* och *kännetecken*, utan kanske särskilt *tecken* och *kännetecken*, synes någon förklaring till skillnaden dem emellan inte stå att finna. Ett kännetecken är ett slags tecken (jfr ovan s. 123). Det är också en symbol (jfr ovan s. 126). Därmed bör *kännetecknet*, för att kvalificera såsom sådant, ha mer eller mindre tekniska *symbolegenskaper*. Det måste kunna stå för något annat än sig självt. Det synes också vara mer kvalificerat på ett eller annat sätt än symboler och tecken. Detta utesluter att det är ett rent *tecken* (jfr nedan s. 215 ff. om deskriptiva kännetecken). *Kännetecknet* måste därtill ha vissa egenskaper som inte finns hos alla tecken eller symboler. Det skall kunna fungera som igenkänningsmärke. Lexikaliska definitioner kan vara *utmärkande egenskap* eller *särdrag*.[70] Det motiverar att man inom känneteckensrätten talar om *tecken* eller *märke* när det inte står klart att föremålet ifråga kvalificerar för skydd.[71] Kännetecknet måste således kunna fungera som en egen *meningsbärare*. Den rent semantiska skillnaden mellan *tecken, symbol* och *kännetecken* synes således närmast ha att göra med förhållandena mellan subjekt och objekt. Den synes därtill variera med hänsyn till skilda vetenskapsdiscipliner och disciplinära förhållningssätt m.m.

> Att orden *tecken*, *kännetecken* och *märke* inte låter sig tydligt definiera kan illustreras av deras motsvarigheter i andra språk. Tecken översätts till engelska närmast med *sign* eller – mer tekniskt – *token*. Kännetecken översätts närmast till *mark* och således blir varumärke *trademark*. Emellertid förekommer som bekant, för ett än vidare begrepp, ordet *brand*. Dock förekommer som motsvarighet till det vidare begreppet kännetecken även *sign*. På tyska heter tecken *Zeichen*, kännetecken *Kennzeichen* och varumärke *Warenmarke*. På franska heter tecken *signe* medan något ord som motsvarar kännetecken i semantisk förståelse inte synes finnas. Däremot kan känne-

[70] Jfr Bonniers svenska ordbok.

[71] Anmärkningsvärt här kan dock vara att man vanligen använder ordet tecken endast för ord- och bokstavs- eller siffertecken, men inte för t.ex. utstyrslar.

tecken i juridisk förståelse översättas med *marque* eller *signe distinctive*. Varumärke översätts till franska vanligen rätt och slätt med *marque*.

Vanligast torde vara att ett appellativ väljs som kännetecken för en vara. Därigenom uppstår vad som kan kallas en *namnbildning* eller *propriesering* av appellativet.[72] Till skillnad från vanliga personnamn och många kännetecken, kan kännetecken, liksom för övrigt många ortnamn, antyda en egenskap hos de varor som de kännetecknar. Det kan vara t.ex. ett faktiskt ursprung i form av en ort, såsom *Emmaljunga*, *Svedala* eller *Mölnlycke* eller en ägare såsom *Nobel*, *Munktell* eller *Ericsson*. Det kan även vara en egenskapsangivelse hos varan, såsom *Svarten*.[73] I många fall kan kännetecken på ett mer abstrakt plan också ha en redan för annan känd *referens* eller *mening*. *Flora* är ju t.ex. ursprungligen en blomstergudinna. Använt som kännetecken för margarin antyder kännetecknet i sig att produkten är gjord av vegetabiliska råvaror.[74] På liknande sätt antyder *Hästens* för sängar att madrassen är framställd av tagel. Här kan man tala om kännetecken med s.k. *primärmening* (se härom vidare nedan s. 144 ff.).

Ett viktigt påpekande är också att ord tillhörande andra klasser än just substantiv, såsom framför allt kanske vissa *adjektiv* och *verb,* kan användas som kännetecken och därmed förvärva substantivegenskaper. Inget hindrar t.ex. att orden *blå* eller *prata* används eller skyddas såsom kännetecken, men de ändrar därmed semantisk karaktär utan att för den skull den ursprungliga egenskapen som ordet står för (färgen *blå* eller att *prata*) går helt förlorad.

I 1958 års motiv till VmL konstaterades dock att dittillsvarande registreringspraxis hade ställt sig kritisk, om ock ej alldeles avvisande, till verbformer som ordmärken. Dylika ord ägnade sig enligt VFU merendels mindre väl som kännetecken och fara var stundom att man genom skyddet för ett dylikt märke sökte bereda sig en ensamrätt till ett tekniskt förfarande e.d, vars skydd i stället borde vara beroende av patenträtten. En reserverad in-

[72] Se Varumärkens särskiljningsförmåga s. 34.
[73] Jfr op. cit. s. 18.
[74] Jfr op. cit. s. 19.

ställning till ifrågavarande märken var därför även i framtiden berättigad.[75] Detta uttalande torde knappast äga giltighet i dag, inte minst i beaktande av de registreringsförutsättningar som sedan 1993 gäller för varumärken (jfr nedan s. 177 ff.).

Genom att inspirationen till ett antal kännetecken kommer från en mytologisk värld eller en fantasivärld, för vilka *referens* i sinnevärlden förnekats eller i vart fall varit oklar, såsom *Triton* och *Jupiter*, kan också de, genom att förvandlas till kännetecken förvärva substantivegenskaper och därmed *referens* i form av kännetecken till de varor som de individualiserar. På motsatt sätt kan vad som ursprungligen uppfattats som kännetecken, oavsett till vilken ordklass ordet ursprungligen hört, genom *degeneration* (jfr nedan s. 359 ff.) komma att uppfattas som ett appellativ.

Varukännetecknet syftar till att förenkla för omsättningskretsen att minnas en viss vara och dess egenskaper. Ju enklare kännetecknet är, desto lättare är det att minnas.[76] När ett ord, t.ex. *tiger* används som kännetecken får det, tillika med sin ursprungliga *referens* till alla tigrar och sin *mening*, d.v.s. vad man generellt uppfattar som en *tiger*, en *referens* till alla varor som kännetecknet *Tiger* skall individualisera jämte den kommersiella *mening* som omsättningskretsen förknippar med kännetecknet *Tiger*. Medan *tiger* har *primärreferens*, har kännetecknet *Tiger* en *sekundärreferens* (jfr nedan s. 144 ff.).[77] *Tiger* använt som kännetecken präglas därmed av den *mening* som finns i ordet *tiger* – dess *primärmening*.

3.2.4 Egennamn

Ett visst immaterialrättsligt skydd ges till namn enligt 1982 års namnlag. Den är på ett helt annat sätt än kännetecknsrätten i övrigt präglad av familje- och förvaltningsrättsliga inslag. NamnL uppställer vissa, så-

[75] SOU 1958:10 s. 216.
[76] Jfr Werkman s. 6.
[77] Jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 256.

väl språkliga som andra krav, vilka måste vara uppfyllda för att ett namn skall accepteras.[78] Någon definition av namn ges inte i 1982 års namnlag, något som kan uppfattas som märkligt på grund av namnets ålder och sociala betydelse. Enligt 20 § tredje stycket NamnL skall ett *efternamn* anses som *egenartat*, om det är ägnat att utmärka tillhörigheten till en viss släkt.[79] I tysk doktrin har namn definierats som ”*eine sprachliche Kennzeichnung einer Person zur Untersscheidung von Anderen. Er ist ein Ausdruck der Individualität und dient zugleich der Identifikation des Namensträgers. Das Rechtsleben unterscheidet zwei Arten von Namen, den Zwangsnamen, der dem Namensträger kraft Gesetz anhaftet (bürgerlicher Name, Firma gem HGB 18) und Wahlnamen (Pseudonym, Unternehmensbezeichnungen), die willkürlich gewählt und jederzeit ablegbar sind.*”[80] Således, i vart fall enligt *Palandt*, skulle firma, men väl inte varumärke, anses vara namn (*Name*) enligt tysk rätt.

> Enligt NamnL råder *namnplikt*. Således skall enligt 30 § NamnL varje barn ges ett eller flera förnamn som inom tre månader från födelsen skall anmälas till skattemyndigheten.[81] När det gäller efternamn är huvudregeln enligt 1 § första stycket NamnL att barn till föräldrar med gemensamt efternamn vid födelsen förvärvar det namnet. Eljest är huvudregeln enligt 1 § tredje–fjärde stycket NamnL att barnet vid födseln förvärvar moderns efternamn.

Egennamnen har, förutom att de vanligen skrivs med versal begynnelsebokstav, särdraget att de vid normal användning betecknar *individer* i vid bemärkelse: personer, sällskapsdjur, länder, städer, affärer, restauranger etc. En annan grammatikalisk egenhet hos egennamn är att de som regel inte kan ta bestämd artikel. Man kan t.ex. inte säga *den Per*

---

78 Jfr Immaterialrätt s. 236.

79 Jfr Åndsretten s. 381 angående antalet bärare i förhållande till egenartskriteriet.

80 Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 57., neubearbetete Auflage, Beck’sche Kurz-Kommentare § 12.1.1.

81 Enligt 31 § tredje stycket folkbokföringslagen får skattemyndigheten förelägga ett barns vårdnadshavare som inte anmält barnets förnamn inom föreskriven tid enligt 30 § NamnL, att inom viss tid fullgöra denna skyldighet. Åläggandet kan enligt 37 § folkbokföringslagen förenas med vite.

eller *den Jonas*.[82] Detta är emellertid inte alltid fallet. För vissa efternamn kan man ju t.ex. säga att han är en *von Habsburg*. Undantag gäller också för ett stort antal sjöar och vattendrag, såsom *Vänern*, *Mälaren* och *Judarn* vilka i sig anges i bestämd form. Språkteoretiskt är *egennamn* ansedda som en egen grupp inom ordklassen substantiv. Intressant i detta sammanhang är att de i nordisk rätt är att anse som kännetecken i juridisk förståelse såtillvida som de hör till kännetecknsrätten, men man kan väl varken säga att de är symboler eller kännetecken i grammatikaliskt eller semantiskt hänseende. Emellertid kan man kanske säga att namn har symbolegenskaper i teknisk bemärkelse och därmed kan uppfattas som tecken eller kännetecken.[83]

Gränsen mellan appellativer och egennamn är alls inte klar och entydig. I vissa fall kan appellativer användas som egennamn. I andra fall kan egennamn förvandlas till appellativer.[84] Exempel på det förra är när vanliga ord används som personnamn, såsom *Björn* och *Knut*. Detsamma gäller när man talar om *Rådhuset* och därmed menar ett visst rådhus, trots att det finns flera rådhus.[85] Exempel på det senare kan vara *Krösus* eller *Quisling*, vilka kommit att bli allmänt omfattade termer för en rik person respektive en förrädare.[86]

Vanligen är egennamn *arbiträra*, d.v.s. de är godtyckliga, *betydelselösa* eller *ogenomträngliga/opaka*[87] *– de säger inget om egenskaper hos sin bärare. Vid arbiträra ord uppfattas eller igenkänns inte något begrepp eller meningsinnehåll* bakom uttrycket, även om sådant kan finnas.[88] Namnets *mening* bestäms vidare av de egenskaper som bäraren visar sig ha och kanske gradvis utvecklar. Namnet som rent egennamn

---

[82] Dialektala undantag finns dock. För svensk del kan nämnas västerbottniskans *en* och *a* och utanför Sverige kan vi söka oss till användandet av *der* och *die* framför personnamn i Sydtyskland.

[83] Jfr dock Holmqvist som ville hänföra ordmärken till kategorien egennamn (Varumärkens särskiljningsförmåga s. 19). Detta ändrar därmed på visst sätt betydelseaspekten i de åberopanden som görs av Holmqvist.

[84] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 18.

[85] Jfr op. cit. s. 22.

[86] Jfr Regnéll s. 54 och Varumärkens särskiljningsförmåga s. 29.

[87] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 17 f. och 23; jfr även Åndsretten s. 371.

[88] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 27 f.

kan aldrig bli otillämpligt som benämning på just denna individ, hur han än förändras.[89] Det har att göra med att många företeelser, i synnerhet personer och djur, kan ha samma namn, vilket ju det förutan inte ger dem någon gemensam egenskap eller *mening*, men väl *referens*.

> *Eberstein* konstaterade att reaktionen mot den s.k. äganderättsteorin för namn gjorde gällande att rätten till namnet var något mer än det i verkligheten var, nämligen att den frigjort namnet från personen med vilken det var oupplösligen förbundet, och med orätt givit det en självständig tillvaro: Namnet var enligt *Eberstein* emellertid inte i stånd att vara objekt för en äganderätt.[90] I sig självt var namnet endast ett ljud som varje annat, ett intet som först genom personen – bäraren – blev något.[91] På grund härav kunde det inte heller utgöra föremål för någon som helst rättighet. Det var endast ett medel bland andra att uttrycka personen som den fick sitt innehåll ifrån. När man sade att namnet åtnjöt skydd, var det endast ett sätt att uttrycka sig på, eftersom det inte var namnet, utan personen själv som var föremål för den ifrågavarande rättigheten.[92]

I en given situation kan ett egennamn emellertid ha en unik syftning, vara *monoreferentiellt* – ett *individualbegrepp* – d.v.s. att det utpekar en viss unik individ, plats eller näringsidkare.[93] Det gäller kanske främst namn på geografiska platser. Förhållandet tydliggörs när det gäller namn på vissa geografiska orter som finns på flera ställen och som då ibland anges med ytterligare preciseringar, såsom *Santiago de Compostela, Santiago de Chile* och *Santiago de Cuba*. På liknande sätt kan personnamn som vanligen är att uppfatta som polyrereferentiella, i skilda situationer få monoreferentiell åsyftning, t.ex. när de användas som kännetecken eller på ett kännetecknande sätt. Man kan t.ex. tala om

---

89 Regnéll s. 54.

90 Eberstein hänvisar här till Schramm, Das Namenrecht s. 103 f. och Isaac, Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen s. 29 ff.

91 Eberstein hänviser här till Kohler, Das Recht des Markenschutzes s. 14.

92 Läran om namn och firma s. 9. Eberstein konstaterar vidare, med hänvisning till Kohler i Archiv für Bürgerliches Recht 1889 s. 77, att Kohler var den främste och mest konsekvente företrädaren av denna åsikt.

93 Varumärkens särskiljningsförmåga s. 67; jfr Gardiner, The Theory of Proper Names. A Controversial Essay, 2nd. ed., s. 5.

konstnärsnamn såsom *Rembrandt*, *Degas*, eller *Magritte*. Av större betydelse här är väl kanske användningen av personnamn för modehus, designers m.m. såsom *Giorgio Armani*, *Hugo Boss* och *Coco Chanel*.[94]

Motsatsen till *arbiträr* (*ogenomskinlig* eller *opak*) är *motiverad*, d.v.s. att ordet står för visst symbolinnehåll, *meningsinnehåll* eller visst associativt innehåll. Gränsen mellan ett arbiträrt ord eller kännetecken och ett motiverat sådant är inte skarp. *De facto* har den i många fall att göra med vars och ens kännedom om ordet eller erfarenheter om dess *mening*.[95] Ju mer arbiträrt ett ord är, desto mer kan det anses ägnat att uppfatta som egennamn.[96] *Egennamn* har visserligen, ofta i sig beskrivande innehåll – *mening* – av något slag, t.ex. *Björn* och *Uggla*, men de säger vanligen inget om reella egenskaper hos namnets bärare.[97] När sådana ord förvärvar egennamnskaraktär talas ibland om *propriesering*.[98] När det gäller *meningen* hos namn kan man därför till att börja med tala om den lexikaliska *referensen* hos det eller de ord varav namnet är bildat. Detta är *referensen* hos namnelementen innan de blev till ett namn. Den kan inte betraktas ens som en del av namnets *referens*, men väl som en källa till dess ursprungliga *referenskomponenter*. När ett appellativ används som egennamn, träder formen i bakgrunden, varvid man abstraherar till appellativets *referens*. Enligt *Holmqvist* var det mot denna bakgrund förståeligt att man vid bildande av personnamn strävade efter att knyta an till något förhållande som var kännetecknande för personen eller hans omgivning: yrke, bostad, utseende o.s.v. Denna princip var genomgående i all namngivning och var inte oväntat mycket starkt framträdande också vid val av de egennamn som utgjorde ordmärken.[99] Valet av förnamn kan nämligen i många fall vara avhängigt av de krav eller förväntningar som föräldrar har på sitt barn, och på sin egen roll

[94] Jfr Oversikt s. 3.

[95] Se Varumärkens särskiljningsförmåga s. 27.

[96] Se loc. cit. s. 27. Holmqvist hänvisar här till Jespersen, The Philosopy of Grammar s. 70.

[97] Jfr Åndsretten s. 379. Av särskilt slag är de gamla soldatnamnen, såsom *Rask, Lång* och *Rapp*, vilka ofta var avsedda att ange en egenskap hos den som bar namnet (se härom Ekman i Genos 1954 s. 1 ff.; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 31).

[98] Varumärkens särskiljningsförmåga. Holmqvist hänvisar här till Sigurd, Språk i arbete s. 70 f.

[99] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 28.

som fostrare. Dessa kan vara olika om de bestämt sig för att kalla barnet *Johnny*, *Jon* eller *Jonas*. Att det onekligen är vanskligt att precisera vari olikheten i valörer består och att skilda föräldrar, liksom kommersiella aktörer, kan ha olika föreställningar om samma namn eller kännetecken, gör inte valören oviktig eller dess utforskande mindre spännande.[100]

Många ortnamn anger också geografiska förhållanden på orten, såsom *Söderhamn* och *Dartmouth*, vilka således ger namnet viss *mening*. Här kan man tala om en, *primärmening*, *primafaciemening* eller *inre/inneboende mening*.[101] I många fall har den ursprungliga beskrivande innebörden – *primärmeningen*, glömts bort. I andra fall tänker man knappast på den. *Mill* konstaterade att orten *Dartmouth* skulle komma att kallas så även sedan floden *Darts* mynning slammat igen och flyttats. På liknande sätt heter *Hässelby* fortfarande så, trots att *hasselängarna* som givit dess namn, sedan länge bebyggts. Att orten *Dartmouth* inte längre ligger vid flodmynningen, kunde enligt *Mill* inte ingå som en del av ordets *mening*, eftersom namnet i så fall skulle bytas när det förhållande som givit upphov till det inte längre var för handen.[102] Namnet fungerar då som en i sig självt ganska intetsägande etikett.[103] Dess uppgift är att symbolisera platsen. Namnets *primärmening* kan också föra vilse. Glansen kring bäraren kan ha falnat eller namnet kan ha kommit att förvärva en god klang på grund av de kollektiva erfarenheter som över lång tid har knutits till det och därmed skapat förväntningar om dess bärare på samma sätt som ett varukännetecken efter inarbetning kan skapa förväntningar om produktkvalitet och gott kommersiellt beteende hos kännetecknenshavaren.[104]

Många orters namn är också uppkallade efter personer. Typiska exempel är svenska städer uppkallade efter den kung eller drottning som grundlade dem: *Karlstad* och *Kristinehamn*. Utomlands har det också varit vanligt att även andra framstående personer givit namn åt städer:

---

[100] Jfr Karlgren, Kommersiella namn.
[101] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 35.
[102] Mill, A System of Logic; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 29.
[103] Regnéll s. 53.
[104] Se Jespersen, The Philosophy of Grammar s. 66; jfr Karlgren, Kommersiella namn.

Leningrad och *Washington*. I sådana fall är det uppenbart att orten är ämnad att förknippas med de egenskaper – den *mening* – som givit namn åt den.[105] Det samma gäller, förvisso i mindre skala, men samtidigt kanske tydligare, bruket att uppkalla parker och gator efter framstående personer. Av sitt eget slag är platser som uppkallats efter deras upptäckare: *Barents hav* och *Berings sund.*

Egennamn kan således förvärva *mening*. Det är t.ex. ofta en skillnad mellan den bild av namnets bärare som den gör sig som första gången möter honom och den som finns hos dem som har längre erfarenhet av namnets bärare. Uppfattningen om en ort och dess egenskaper, skönhet m.m. kan på liknande sätt ge ortnamnet egen innebörd eller *mening*. Man kan då tala om namnets *sekundärmening*, *postfestummening* eller *yttre/förvärvade mening*.[106] Detta är vad som kännetecknar geografiska ursprungsbeteckningar, vilka ju som sådana ger en särskild förvärvad *mening* i fråga om såväl det geografiska ursprunget som de varor som omfattas av beteckningen. En ursprungligen sekundär *mening* hos ett egenartat personnamn kan också bli primär, vilket i ökad utsträckning sker för s.k. *kändisar* av skilda slag. En sådan *sekundärmening* hos personnamn kan i vissa fall göra anspråk på ett immaterialrättsligt skydd (jfr t.ex. 14 § första stycket 5 VmL) och rör man sig utanför den direkt immaterialrättsliga sfären kan lagen om namn och bild i reklam bli tillämplig. När det gäller just personnamn kan man heller inte bortse ifrån att namnval är modeinriktade, och den som kan skapa så att säga *goodwill* i sitt eget, vid viss tidpunkt allmänt som apart uppfattade, namn njuter fördelar av det på samma sätt som den näringsidkare som lyckas inarbeta ett kännetecken som saknar *primärmening*. I så fall saknar det betydelse att namnet i sig har en ursprunglig valör eller en ursprunglig *mening*. När egennamn används som varukännetecken, får de därmed en *sekundärmening*.[107] Det gäller för såväl ortsnamn som personnamn.

[105] Jfr Schlüter i MA 1967 s. 164.

[106] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 30.

[107] Enligt Holmqvist innebar den förvandling som de genomgår vid inarbetning, att de kommer att beteckna ett annat individualbegrepp i stället för eller vid sidan av det ursprungliga (Holmqvist i NIR 1975 s. 256).

Egennamn kan också förlora sin namnegenskap. Det sker på sätt och vis när man talar om en *Caesar* en *Krösus* eller en *Quisling*[108] men också ifråga om andra företeelser som givits namn av sin upptäckare: *Ampère, Celsius, Watt*, *Röntgen* och *Ohm*. Detta kan kallas för *depropriesering* eller *generisering* (jfr kännetecknsrättens *degeneration*). Namnen ifråga har då blivit *eponymer.*[109] På motsvarande sätt kan geografiska ursprungsbeteckningar degenerera och komma att uppfattas som generiska beteckningar på varor av visst slag (jfr nedan s. 359 ff.).

3.3 Kännetecknets mening och referens

Efter denna översikt över kännetecknets semantiska egenskaper, där tonvikten legat på kännetecknets *mening* och *referens* och de funktioner som *mening* och *referens* kan ha hos ord i allmänhet och kännetecken i synnerhet, finns det anledning att närmare studera i vilken utsträckning kännetecknsrätten avser att skydda *mening* respektive *referens* hos kännetecknet.

Varukännetecknet *betyder*, *refererar till* eller *denoterar* primärt mängden av varor som lovligen förts ut på marknaden under ett visst kännetecken och dess kommersiella ursprung. Kännetecknets *mening* utgörs av de *associationer*, vilka det ger till varan. Det avser således omsättningskretsens uppfattning om kännetecknet, varan och dess egenskaper, d.v.s. dess *konnotationer.* Medan *referens* alltså rent principiellt skall vara något helt objektivt, är *meningen* subjektiv eller intersubjektiv, såtillvida som den har grund i människans uppfattningar om en viss företeelse.

Det som ursprungligen väckte behovet av en kännetecknsrätt var att det framstod som omöjligt att hålla varan och dess kommersiella ursprung samman om det inte gavs en rätt att förse varan med tillverkarens namn. När insikten att varor kunde differentieras genom att ge dem, från

[108] Jfr Regnéll s. 54.
[109] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 33.

tillverkarens firma skilda kännetecken, inriktades marknadsföringen mot att förbrukaren skulle kunna *referera* märke till vara, d.v.s. att förbrukaren skulle kunna associera t.ex. *4711* till *eau de Cologne*, *Penta* till båtmotorer och *Husqvarna* till spisar etc. Ett intressant observandum är att kännetecknsrättens skyddsföremål traditionellt har varit skyddet för kännetecknets *referens*. Det framgår tydligt av den i 1 § VmL fastslagna avgränsningen av ensamrättens föremål till att just *särskilja* rättighetshavarens varor från andras (jfr härom ovan avd. 2.1 och nedan avd. 4.3). Därmed framstår *referens* som ett nödvändigt krav. Eftersom kravet på *referens* närmast är att upprätta en länk mellan kännetecken och objekt, krävs därav inget mer än att länken är i vederbörlig ordning skapad. Den kan tillskapas på skilda sätt. Tydligt är hur den tillkommer genom *registrering*. Det som skyddats genom registreringen är den omedelbara kopplingen mellan kännetecken och vara. Kanske än tydligare är namntvånget enligt 30 § NamnL. *Referens* är således fortfarande utgångspunkten – en av det allmänna tillskapad och av sanktioner omgärdad koppling mellan kännetecken och föremål. Kännetecknets *mening* har först senare blivit föremål för uppmärksamhet. Sedda i historisk belysning, är det inte givet att alla av kännetecknsrätt skyddade kännetecken måste ha *mening* för att skyddas. I dag framstår emellertid kännetecknets *mening* som väsentligare än dess *referens*. Den skall vara ett hjälpmedel för näringsidkaren att nå rätt målgrupp samtidigt som den skall underlätta för förbrukarna att göra rätta associationer i fråga om kvalitet, servicegrad och pris m.m. när de står inför kännetecknet. Kännetecknsrätten går emellertid i många hänseenden längre än så. Den kan också *skapa* ett skydd för kännetecknens mervärde i form av investeringar genom ett skydd mot otillbörligt utnyttjande av ett *renommé*, d.v.s. ett skydd för den *mening* som kännetecknet förvärvat hos omsättningskretsen efter inarbetning. Denna funktion är en medelbar effekt av det grundläggande *referensskyddet*, men stöds också uttryckligen av det kännetecknsrättsliga skyddet för *väl ansedda kännetecken* i 6 § andra stycket VmL och 6 § andra stycket FL (se härom nedan avd. 4.4.5).

Mening kan komma i fråga även om andra aspekter än när det gäller tillskapande av *goodwill* eller *renommé*. Den viktigaste torde vara möjligheten att registrera ett kännetecken efter visad *inarbetning* (se härom

nedan s. 181 ff.). Inarbetning avser ju en viss grad av *meningsskapande* kring ett kännetecken, utan att det för den skull behöver ha uppnått ett högre mått av renommé. Därtill bör uppmärksammas att kännetecken kan få renommé som över huvud taget inte kan skyddas. Inget hindrar att ett kännetecken som inte kan skyddas, t.ex. därför att det på alla rättsliga sätt får uppfattas som generiskt, används som kännetecken på ett så övertygande och målmedvetet sätt att det erhåller *de facto*-inarbetning, med följd att ingen konkurrerande näringsidkare är benägen att anta utmaningen att ta sig in på marknaden med samma kännetecken för liknande varor, d.v.s. att ett s.k. *uppfattningsmonopol, de facto-monopol* eller *kvasimonopol* (jfr ovan s. 98 f.) skapats kring det i sig icke skyddsbara tecknet.

Situationen kompliceras emellertid av att varukännetecknet *de facto* synes *referera* även till varans *kommersiella ursprung*. Varukännetecknet är nämligen inte bara en symbol för sina varor utan också – och i många fall i ökande grad – för sitt kommersiella ursprung. Detta har att göra även med att gränsen mellan varukännetecken och firma tenderar att suddas ut. Objektet för firma är ju just dess kommersiella ursprung – en näringsverksamhet. Även många *meningsaspekter* synes vara förknippade med varukänneteckenshavaren – hans kvalitetssäkringsåtgärder, garanti- och serviceåtaganden m.m. och ofta blir det just de som utgör det primära föremålet vid licensiering av kännetecken.

3.3.1 Starka och svaga kännetecken och känneteckenskraft

Man förutsätter ofta att det som uppskattas i sin helhet också har sådana *egenskaper* som i allmänhet gäller som *goda.* Det råder t.ex. praktiskt taget allmän enighet om att självviskhet, oärlighet och grymhet är dåliga egenskaper. En person som utmärks av sådana egenskaper kallas därför inte t.ex. för *hedersman*. Uttrycket *hedersman* kan följaktligen sägas uttrycka inte bara detsamma som *man* i kombination med *en positiv värdering*. Det säger också något allmänt om vederbörandes personliga beskaffenhet. Åtminstone skulle man i allmänhet ta för givet, att mannen har en rad sådana karaktärsdrag som betraktas som goda. Karakteristiken *en bra bil* utesluter på samma sätt en rad bilegenskaper som enligt

samfälld uppfattning är dåliga.[110] Av det skälet valdes i Sverige länge kännetecknet *VAZ* för bilar vars kännetecken utomlands eljest bär kännetecknet *Lada*.

Även om många ord *de facto* betyder detsamma, har de ofta helt olika *stilvärde,* olika *social klang, skönhetsvärde* o.s.v. Ord kan vara korta eller långa, besvärliga att uttala eller inte. De kan ha ljudlikhet, så att de lätt kan förväxlas med andra ord eller väcka icke önskvärda associationer. Detta kan också bli avgörande för respektive ords öde under språkutvecklingen.[111] Detsamma gäller för kännetecken. Ett kännetecken kan till sin typ vara sådant att det på grund av sitt utseende är ägnat att på ett effektivt sätt fånga uppmärksamheten, t.ex. genom att det är vackert att se på.[112] Det kan också ha ett *idéinnehåll* som väcker associationer som får omsättningskretsen att gynna märket. Kännetecknet syftar i enlighet härmed till att förenkla för omsättningskretsen att minnas en viss vara. Ju enklare kännetecknet är, desto lättare är det att minnas varan.[113]

Å andra sidan undviks gärna besvärliga eller på annat sätt misshagliga ord.[114] Sådana ord förefaller ha något som kan kallas ursprunglig *badwill*. Att inarbeta dem så att de blir väl ansedda borde därför kräva större möda och investeringar än vad som gäller för ord, vilka initialt klingar vackert. Men när det väl lyckats att inarbeta ett ord med ursprunglig *badwill*, borde dess värde som kännetecken vara större än ett ord med ursprunglig särskiljningsförmåga, eftersom det *refererar* till och ger *mening* endast åt varan och inte något annat förekommande eller påtänkt föremål. Om kännetecknet är illa valt från början, t.ex. genom att det *refererar* så att säga ”fel”, blir det ofta mycket dyrt att ge-

[110] Regnéll s. 46.

[111] Se Regnéll s. 44.

[112] Immaterialretspositioner s. 162. Jfr härtill Eastmans klassiska beskrivning av tillkomsten av kännetecknet *Kodak*. Enligt Eastman måste ett varumärke vara kort, livskraftigt och – för att inte förstöra varumärkets identitet – mer eller mindre omöjligt att stava fel. Det borde, för att uppfylla lagstiftningens krav, dessutom vara betydelselöst. *K* var Eastmans favoritbikstav. Det var en stark och fristående typ av bokstav. Därför var det tvunget att ordet ifråga skulle börja och sluta med bokstaven *K* (här enligt Keller).

[113] Werkman, s. 6.

[114] Se Regnéll s. 44.

nom marknadsföring få omsättningskretsen att ändra uppfattning om varans egenskaper. Det budskap som ett kännetecken *kommunicerar* bör därför, om det är möjligt, stå i direkt överensstämmelse med den produkt som kännetecknet symboliserar och förbrukarens förväntningar.[115] Å andra sidan kan det tänkas att rena fantasiord, eller ord med ”fel” *referens* eller *mening*, efter mycket stark inarbetning också får en synnerligen stark särskiljningsförmåga, eftersom inte gärna någon annan vågar ge sig in i kampen om dem.

> Vad gäller några kännetecken, vilka ger en initialt dålig klang – i vart fall på den svenska marknaden – kan man emellertid kanske fråga sig hur de alls kan vara ekonomiskt försvarbart att försöka inarbeta: *Braathen* för flygbolag, *Krupps* för hushållsmaskiner och *Mövenpick* och *Haägen-Dasz* för glass.

Enligt *Regnéll* valde man ofta ett ord framför ett annat därför att man uppfattade att det var vackrare, finare eller vulgärare, enklare eller mer invecklat, bekvämt att uttala o.s.v. Konvenans, etikett och sociala normer i övrigt spelade också ofta stor roll för det ord som valdes för en given situation. Vad som var på sin plats i ett sammanhang lämpade sig kanske inte i ett annat.[116] Det finns t.ex. ord som passar i juridiskt språk eller i ett högstämt tal, t.ex. *förfång* eller *övlig*, men som regelmässigt inte används i vardagslag. Det finns också en tendens att använda ord eller kännetecken som är på ett eller annat sätt språkligt *motiverade*, d.v.s. ord som har en symbolisk eller eljest associativ egenskap, framför helt arbiträra.[117]

Det kan vara en fördel att ha ett kännetecken som är mångtydigt, d.v.s. har flera *meningar.* Det medför t.ex. att det kan appellera till fler förbrukare. Den förbrukare som inte uppfattar eller inte faller för en *mening*, kanske uppfattar eller appelleras av någon annan.[118] Exempel kan vara *kontakt* som *betyder* såväl en elektrisk kontakt som fysisk och

[115] Werkman s. 8.
[116] Jfr loc. cit.
[117] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 25.
[118] Se Schlüter i MA 1967 s. 159.

mänsklig sådan.[119] Ett slags brytpunkt mellan, eller förening av, *referens* och *mening* kan ses i den, enligt min uppfattning, relativt oklara gränsen mellan deskriptiva och suggestiva kännetecken. Enligt *Holmqvist* gav rena fantasibenämningar i form av helt nyskapade ord i allmänhet sämre stöd för minnet än fantasiord som innehöll igenkännbara ordelement eller appellativer, vilka flyttats ut ur sitt sammanhang, d.v.s. sitt vedertagna semantiska fält.[120] I doktrinen har *Bankomat* anförts som ett kännetecken ämnat att *associera* till både bank och automat, utan att för den skull vara deskriptivt.[121] (Se härom nedan s. 218).

3.3.1.1 Primärmening

Varukännetecken med *primärmening* (*primafaciemening*, ursprungligeller inneboende *mening*) utmärks vanligen av att ha en egen *referens* och *mening* redan innan de fått känneteckensfunktion eller av att de lätt kan uppfattas ha en sådan. En sådan *mening* svarar som regel närmast mot vad kännetecknet i egenskap av ord eller eljest motsvarar eller symboliserar. Det är således en skillnad mellan vad som brukar kallas för *primär*, *ursprunglig* eller *inneboende särskiljningsförmåga* och *primärmening* (*primafaciemening*, *ursprunglig* eller *inneboende mening*). Med det förra avses att tecknet har tillräckliga symbolegenskaper för att kunna tjäna som kännetecken. Med det senare avses att tecknet har en ursprunglig *mening* genom den *referens* som ordet har till sitt ursprungliga objekt.

Kännetecken med *primärmening* blir vanligen lätta att inarbeta initialt, eftersom omsättningskretsen kan relatera kännetecknet till något som den är förtrogen med. Det är också uppenbart att många näringsidkare föredrar sådana kännetecken framför mer fantasibetonade sådana.[122] Men en svaghet med ett sådant kännetecken blir att det ges flera

[119] Se op. cit. s. 162.
[120] Holmqvist i NIR 1975 s. 271.
[121] Jfr Holmqvists exempel *Zinkadus* för zinkvaror och *Rökling* för rökt fisk (Varumärkens särskiljningsförmåga s. 39 f.).
[122] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 45.

meningar, varav den primära även fortsättningsvis inte nödvändigtvis tar sikte på den specifika arten av vara eller egenskapen hos varuslaget eller verksamheten o.s.v. Eftersom kännetecken konkurrerar med associationer till företeelser i sinnevärlden och konkret till andra, kännetecken, blir kännetecken med *primärmening* efter inarbetning vanligen svagare än vad som gäller för fantasibetonade kännetecken med förvärvad särskiljningsförmåga genom inarbetning.[123] Genom inarbetning kan således ett ursprungligen svagt kännetecken bli starkt – ofta starkare – än ett kännetecken med *primärmening*.

> Ordgruppen *blå timmen* har en rad konkreta och överförda *referenser* men som namn t.ex. på en bar betyder *Blå timmen* inte *blå timmen* och säger inte att baren är blå, vanligtvis inte ens i någon överförd bemärkelse. De ger åt baren dock en överförd *mening* som utpekar mer än en bar med viss adress och identitet. Det säger också, låt vara bara antydningsvis, något om barens karaktär, och ger åt baren en antydan om en avsedd *mening*. Om barens besökare inte uppfattar denna *mening* på avsett sätt, riskerar den att förlora besökare och namnet riskerar att urvattnas.[124] Det gäller för såvitt baren inte på annat sätt lyckas skapa en kommersiell identitet.

Ett på alla sätt attraktivt kännetecken är *Tiger*. Använt som ord *refererar* det till alla existerande tigrar och har den *mening* som finns i ordet *tiger*. Så gäller också när det används som kännetecken. Använt som sådant kommer det därtill att *referera* till alla varor som det skall kännetecknа. När det gäller egennamn, kan på motsvarande sätt *Hamilton* tas som exempel. *Greve Hamiltons Blandning* är ett välkänt tobaksmärke, vars primära *referens* inte bara är en berömd adelsfamilj utan därtill även en stad i Skottland och en kanadensisk storstad. En amerikansk 1700-talspolitiker har också burit namnet. På senare tid har det givits ytterligare *mening* genom att *Guillou* har låtit huvudpersonen i en rad romaner bära namnet *Hamilton*. Så här långt förknippas kännetecknet med vad som inom Sverige kan uppfattas som positivt och attraktivt, men vad händer när auran kring den ena eller andra *referensen* falnar.

---

[123] Jfr Oversikt s. 62.

[124] Karlgren, Kommersiella namn.

Till skillnad från tigrar, vilkas vara och aura över tid kan antas förbli stabila, är det mervärde, eller den *goodwill* som över tid samlats i ordet *Hamilton*, på ett eller annat sätt riskutsatt.[125]

3.3.1.2 Secondary meaning

Ord med en ursprungligen helt generisk innebörd, kan nyansförskjutas genom att komma att användas som kännetecken för produkter av mer specialiserat slag. Detta kan illustreras av ett avgörande från MD,[126] där det konstaterades att det avgörande för om en färg skulle få benämnas *rödfärg*, var dels den faluröda kulören, eventuellt tillkommen genom tillsats av järnoxidpigment, dels den matta ytan.

> Den sammantagna utredningen i målet gav anledning att anta att åtskilliga människor fortfarande i första hand associerade termen *rödfärg* med slamfärg. Dessa riskerade att bli vilseledda när beteckningen användes på och för färg av annan typ. Detta hindrade emellertid inte att *rödfärg* för andra hade en vidare betydelse. Att då förbehålla den för slamfärg enbart, och alltså kategoriskt förbjuda beteckningen för annan färg, kunde därför inte komma i fråga. Emellertid var det angeläget att den risk för vilseledande som förelåg för nyssnämnd grupp av människor motverkades.

Det är en sådan nyansförskjutning som sker vid inarbetning. Inarbetning av en beskrivande beteckning innebär att uppfattningen inom omsättningskretsen förändras till följd av användningen som kännetecken. ”Den beskrivande karaktären kan visserligen bestå men träder i bakgrunden och kännetecknenskaraktären framträder i stället. Därigenom förvärvar beteckningen särskiljningsförmåga. Detta är i regel ett successivt förlopp som gradvis förändrar uppfattningen.”[127]

---

[125] Se Schlüter i MA 1967 s. 162; jfr Aspholm/Oker-Blom i NIR 2000 s. 363 som konstaterar att en persons ställning kan förändras.

[126] MD 2001:26 (Falu rödfärg). Se om avgörandet vidare nedan s. 451 ff.

[127] Grundén i NIR 1995 s. 234.

3.3 Kännetecknets mening och referens

Inom kännetecknsrätten brukar talas om *secondary meaning* eller *sekundärbetydelse*.[128] Det är inte helt klart vad som skall avses med *sekundärbetydelse*, eftersom det i hittillsvarande motiv och doktrin inte klart framgår, om med *betydelse* avses *referens* eller *mening* eller en kombination därav (jfr ovan s. 23). Jag har därför så långt som möjligt i stället valt att skilja mellan *sekundärmening* och *sekundärreferens*.

Holmqvist talade om *sekundär konnotation* och avsåg därmed, av allt att döma, den *mening* som kännetecknet fick genom att användas som sådant för en viss vara. Det exempel som gavs var att använda ordet *Gasell* som kännetecken för bord. ”När det förra ordet göres till namn på det senare, får det senares form ett nytt och tillfälligt innehåll. Det är detta nya innehåll, denna nya tillfälliga bipolaritet som utgör en sekundär bipolaritet, ett sekundärinnehåll, en ’inneboende’ sekundärbetydelse, särskiljningsförmåga.”[129] Detta medförde enligt *Holmqvist* att VFUs uttalande, att det låg i sakens natur att sekundärbetydelse normalt inte kunde uppstå om märket inte var allmänt känt inom omsättningskretsen, d.v.s. inarbetat,[130] bara var delvis giltigt, nämligen i de fall där varumärket av något skäl var *konnotationsfritt*, så att det måste förvärva *konnotationer* genom användning. I alla övriga fall fick ordmärket en inneboende sekundärbetydelse så snart det gjordes till namn på varuslaget, varefter ordmärket som följd av användningen förvärvade en kompletterande sekundärbetydelse av annat omfång. Det fanns enligt *Holmqvist* således två slag av sekundärbetydelser, en inneboende och en förvärvad.[131]

> *Holmqvist* använde ordet *bisociation* för att beskriva en dubbel åsyftning. Därmed förstods att två obesläktade associationsföljder stöter samman i en viss punkt. Resultatet blir t.ex. att en ljudföljd plötsligt uppfattas i en ny betydelse eller att ett ord får en ny innebörd. Ett mentalt objekt kunde t.ex. uppfattas samtidigt ur två olika vinklar. Det var då inte associerat till ett

[128] Jfr Åndsretten s. 442.
[129] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 35; Holmqvist i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s. 286 f.
[130] SOU 1958:10 s. 103.
[131] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 36.

> enda idésammanhang, utan associerades samtidigt med två var för sig självständiga och ömsesidiga exklusiva betydelser. Den samtidiga associationen skedde mellan två begrepp som vanligen var mer eller mindre oförenliga. De kunde vara logiskt oförenliga men behövde inte nödvändigtvis vara det.[132]

Enligt min uppfattning och enligt de teoretiska utgångspunkterna för denna undersökning bör det som *Holmqvist* här vill kalla *inneboende sekundärbetydelse* emellertid vara den *primära betydelsen* eller *meningen* hos ett ord, vilken naturligtvis kan ge *mening* hos omsättningskretsen åt varor som marknadsförs under ett visst kännetecken, men denna *mening* är ju i så fall densamma som för själva ordet, d.v.s. *primärmeningen*. Ett ord använt som kännetecken kan förvisso ha tillräcklig särskiljningsförmåga utan att ha *sekundärbetydelse* eller *secondary meaning*. Men vissa ord som saknar ursprunglig *mening* kan förvärva sådan genom inarbetning, varvid de förvärvar *sekundärbetydelse* eller *secondary meaning*. I anslutning härtill kan relateras till *Stuevold Lassens* tankelinje att man, när ett ord fått *secondary meaning* som kännetecken för en vara, vars ursprungliga *meningsinnehåll* (*betydningsinnhold*) var ett helt annat, snarare borde tala om en ny *primärmening* (*primærbetydning*), än att använda det gängse *secondary meaning*.[133] Detta är ju förvisso helt riktigt, om kännetecknsrätten skall ses som en egen isolerad semantisk företeelse, och man således bortser helt från kännetecknets förankring i språket. Om med *secondary meaning* skall förstås att ett kännetecken som eljest inte har särskiljningsförmåga, kan förvärva sådan genom inarbetning, varvid det förvärvar en *mening såsom kännetecken*, bör betänkas att varken *secondary* behöver betyda *sekundär* eller *meaning* betyda *mening*. Ett rent fantasiord kan som kännetecken få *(sekundär)referens* och förvärva *sekundärmening*, utan att alls ha haft primär vare sig *referens* eller *mening*. *Secondary* kan ju inte betyda sekundär i egentlig bemärkelse i fråga om rena fantasiord, eftersom den *sekundärmening* som

[132] Op. cit. s. 37 (Holmqvist hänvisar här till Koestler, Insight and Outlook, s. 36 ff. och dens, The Act of Creation s. 35 ff.).
[133] Oversikt s. 99.

uppstår vid inarbetning är en primär sådan. Om det däremot är fråga om ett tecken som har primär – ursprunglig – *mening*, såsom ordet *tiger*, kan det, använt som kännetecken, förvärva en sekundär sådan.[134]

När det sedan är fråga om innebörden av *meaning* i uttrycket *secondary meaning*, bör betänkas att särskiljningsförmåga i många fall är en kombination av *referens* och *mening*. Kännetecknet *Tigers* primära *referens* och *mening* är ju detsamma som hos ordet *tiger*, men kännetecknets *sekundärreferens* blir däremot något annat än dess primära. Dock kan ordet *tigers referens* påverka kännetecknet *Tigers sekundärmening* och följaktligen dess särskiljningsförmåga. Kännetecknet *Tigers* sekundära *mening* kan ju också ha *konnotationer* likaväl till ordet *tiger* som till egenskaper hos den vara som kännetecknas.[135]

3.3.1.3 Starka och svaga kännetecken

Särskilt i tysk doktrin talas om *starka* och *svaga kännetecken.*[136] *Med starka* kännetecken förstås kännetecken med utpräglad eller hög särskiljningsförmåga, medan suggestiva eller deskriptiva kännetecken, eller sådana som eljest har ringa särskiljningsförmåga, är *svaga*. De svaga kännetecknen har ansetts åtnjuta ett mer begränsat skydd än de starka.[137]

Enligt *Heiding* bestod ett starkt märke av en bild eller ett ord som på grund av sin egenart lätt präglades in i folks medvetande.[138] Såsom exempel på svaga märken anförde *Heiding* ord som anspelade på sin varas egenskaper, samt sådana figurkännetecken som innehöll motiv som ofta begagnades i samband med varan, t.ex. en kringla för bröd, eller som eljest var av mycket vanligt slag, t.ex. ett lejon. Vid svaga kännetecken

---

[134] Jfr Gómez Segade i GRUR Int. 1995 s. 946, som av det skälet föreslog att man i stället kanske skulle tala om förvärvad särskiljningsförmåga (*hinzugekommener Unterschiedbarkeit*), inte minst för att kunna fånga upp även andra slags kännetecken än ordkännetecken.

[135] Jfr Gómez Segade som konstaterade att en förvärvad sekundär *mening* inte nödvändigtvis medförde att den primära *meningen* upphörde (GRUR Int. 1995 s. 952).

[136] Se Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht § 31; jfr Heiding s. 88; Kobbernagel II s. 89.

[137] SOU 1958:10 s. 254; Varumärkeskonflikter s. 177.

[138] Heiding s. 88.

ansågs små avvikelser utesluta möjligheten av förväxling. Skyddet blev sålunda mycket begränsat. Vid starka märken däremot, lämnades ett skydd av mera vidsträckt omfattning. Även ett mindre originellt märke kunde bli starkt genom att inarbetas.[139] Observeras bör att medan ett kännetecken enligt *Heiding* kunde vara starkt på grund av såväl inneboende som förvärvad särskiljningsförmåga, är i dag den förhärskande meningen i tysk doktrin, ur vilken läran om starka och svaga kännetecken vuxit, att starka kännetecken förutsätter inarbetning utan avseende på deras ursprungliga distinktivitet.[140]

> *Holmqvist* konstaterade att begreppen starka och svaga kännetecken inte var helt klara. Övervägande torde de uppfattas som beteckningar på hög respektive låga distinktivitet, men de kunde också förekomma som beteckningar på skyddsomfång av olika vidd som följd av märkets ställning inom marknaden. *Stark* skulle i så fall betyda starkt inarbetad, men vad svag då skulle betyda var osäkert: möjligen icke inarbetad eller urvattnad/banal.[141]

Här ges således ett distinktivitetsspektrum från rent banala tecken – enstaka bokstäver eller det allmänna formförrådet – och deskriptiva kännetecken över sådana som kan förvärva särskiljningsförmåga efter inarbetning till rena fantasiord eller – figurer – distinktiva kännetecken med hög inarbetningsgrad.[142]

3.3.1.4 Kännetecknenskraft

I tysk doktrin har, i anslutning till läran om *starka* och *svaga* kännetecken, utvecklats en särskild lära om s.k. *kännetecknenskraft*, varmed förstås att ju större särskiljningsförmåga, ursprunglig såväl som förvärvad som ett kännetecken har, desto större blir dess skyddsomfång.[143] I doktrinen

---

[139] Loc. cit.
[140] Se Fezer § 14, 286.
[141] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 79.
[142] Jfr Wessman som talade om en ”gradering” av särskiljningsförmåga (NIR 2000 s. 639 ff.).
[143] Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht § 31 (12,2); Schluep s. 17 ff.; Fezer § 14, 271 ff.; jfr Schneider i Schweizeriche Mitteilungen über Immaterialgüterrecht 1993 s. 411 ff. Se också fallet

har även hävdats principen att ju större *kännetecknenskraft* kännetecknet besitter som följd av såväl egenart som kännedom, desto större blir risken för förväxling.[144] En förhöjd kännetecknenskraft motiverar ett ökat materiellt skydd mot användningen av liknande tecken.[145] Enligt *Wessman* kunde man från förhållandet att ett kännetecken var väl känt därmed inte dra slutsatsen att det var lättare för dem som mötte kännetecknet inom marknaden, att skilja det från liknande tecken. Däremot föranledde en förhöjd kännetecknenskraft ett utökat skydd mot liknande tecken.[146] Läran om kännetecknenskraft har också utvecklats i senare praxis från EG-domstolen.[147]

En följd av principen om kännetecknenskraft är att kännetecknets särskiljningsförmåga påverkas av avståndet till andra kännetecken. *Avståndsläran* har emellertid i tysk doktrin avfärdats som en exakt metod för att bestämma skyddsomfånget och innebär därför i praktiken knappast mer än att ett kännetecken, vars särskiljningsförmåga är försvagad på grund av förekomsten av andra liknande märken, får ett snävt skyddsomfång.[148]

3.3.1.5 Sammanfattning

Genom att knyta samman semantik och juridik, blir det något lättare att förklara fenomenet med *secondary meaning*, *starka* och *svaga* kännetecken och *kännetecknenskraft*. Genom inarbetning förvärvar kännetecken utan inneboende särskiljningsförmåga större *kännetecknenskraft* än ursprungligen *svaga* kännetecken, eftersom de ursprungligen *svaga*

BGH GRUR 1966, 30 (Konservenzeichen I); jfr Wessman i NIR 1998 s. 490; dens. i NIR 2000 s. 641 ff.; Varumärkeskonflikter s. 177 ff.; även Oversikt s. 35 ff.

144 Se Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht § 31 (12,2); jfr BGH GRUR 1991 s. 609 (SL); Varumärkeskonflikter s. 177. I tidigare praxis märks principen om kännetecknenskraft bl.a. i BGH GRUR 1952 s. 35 (Ardia/Widia) BGH GRUR 1959 s. 182 (Quick/Glück). På grund av att *Widia* respektive *Quick* var väl kända på marknaden, förelåg förväxlingsbarhet trots kännetecknens relativt stora ordolikhet.

145 Wessman i NIR 1998 s. 490.

146 Varumärkeskonflikter s. 387.

147 Se särskilt Mål C-39/97 (Canon) (se härom vidare nedan s. 266 f.).

148 Varumärkeskonflikter s. 178; Fezer s. 682 ff.

kännetecknen vanligen antyder eller anspelar på varan eller verksamheten. (De kan vara mer eller mindre suggestiva, generiska, beskrivande eller nära till hands liggande för varan eller verksamheten i fråga.) Ett starkt kännetecken kan ha ursprunglig *referens* som ord och därmed *mening*. I dessa fall ger det medelbart även *mening* genom sin *primärreferens* till sin ursprungliga lexikaliska *mening*. Därmed är det lätt att så att säga haka upp ordet i dess kännetecknsfunktion på den redan kända *referensen* och den *mening* eller de *meningar* som ordet i sig kan ha. Därefter får det en sekundär *mening* som kännetecken efter inarbetning genom association till viss vara, där vissa *referenser* eller *meningar* hos ordet kan underlätta inarbetningsprocessen och tillskapande av *secondary meaning*. Ett starkt kännetecken som har mer eller mindre karaktär av fantasiord, har varken primär *referens* eller *mening*. Det är helt utelämnat åt den *referens* och *mening* som skapas genom själva inarbetningen. När ett sådant ord har inarbetats, blir det således starkare än ord med *primärmening*, eftersom det inte finns någon konkurrens om *mening* eller *referens*; de belastas inte av andra *referenser* eller *meningar* i egenskap av ord.

> Signifikanta exempel kan vara bilmärket *Lada* som *denoterar* alla lador och *konnoterar* den oönskade uppfattningen om hur illa lador i förekommande fall fyller sitt ändamål som fortskaffningsmedel samt *Nilfisk* som ju inte är avsett att associera med fiskar i Nilen.

3.3.2 Närmare om kännetecknets referens

Det må ha varit ansett som närmast ointressant eller av mer eller mindre begränsat intresse vilket kännetecknets *referens* kan vara,[149] men enligt min uppfattning, är den snarast lika intressant som det intresse som kan ligga i dess *mening*. Det har att göra bland annat med den utveckling som i dag ses kring kännetecknets registreringsförutsättningar. Också en rad andra mönster kan ses, vilka har betydelse för kännetecknets *referens*.

[149] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 28.

För det *första* är det uppenbart att ju fler företeelser som bär ett och samma kännetecken eller ett liknande sådant, desto mindre blir dess särskiljande förmåga (jfr härom nedan s. 532 och s. 570 f.). Det leder till ökade fall av *referensgenombrott* eller förväxlingsbarhet.

För det *andra*, förefaller begreppet *betydelse* att i vissa fall ha en oklar innebörd. Det märks inte minst i rättsvetenskapliga källor liksom inom marknadsekonomin, där man kan tala om kännetecknets *betydelse* utan att närmare ange vad som avses därmed.

För det *tredje*, och det är det viktigaste för denna studie, suddas *referensen* ut av det antal kommersiella ursprung som kan komma ifråga för ett visst kännetecken. Om utgångspunkten är att *referens* avser den direkta kopplingen mellan kännetecken och de varor som kännetecknet *de facto* avser att vara symbol för, kompliceras situationen när flera kommersiella ursprung kan vara faktiska, legala ursprung för ett och samma kännetecken. Kännetecknets *referens* splittras därmed upp. Det bör emellertid redan här göras en klargörande anmärkning att *referensen* som ursprungligen och ytterst enligt den här presenterade huvudhypotesen avser själva föremålet – varan – tenderar att i allt större grad avse ett kommersiellt ursprung av mer abstrakt slag. Det landar i ett företag som äger, förvaltar och utvecklar varu- eller näringskännetecken. Kännetecknets *referens* och *mening* blir därmed samtidigt förenade delar av ett företags marknadsstrategi.

3.3.3 Närmare om kännetecknets mening

Det har blivit allt vanligare att särskild hänsyn tas till kännetecknets *egenvärde*. Kännetecknet tenderar att i allt större omfattning betraktas som ett, från den vara som det är tänkt att symbolisera, *fristående objekt*.[150] Särskilt *väl ansedda* kännetecken har fått en utvidgad funktion

[150] Se Landes/Posner som förklarade att varumärket hade ”a value independent of the good it identifies [and] itself is a good” (TMR 1988 s. 283); jfr Landes/Posner, The Economic Structure of Intellectual property Law s. 172 ff.; jfr Koktvedgaard/Levin s. 292; jfr även Sätt värde på ditt märke passim.

såsom *vara i sig*.[151] Det medför inte bara att frågor om varumärkets *goodwill* fått ökad juridisk betydelse, utan väcker också frågor om själva kännetecknets objekt.

Att många känner till ett visst kännetecken, innebär inte att det därigenom har fått någon entydig *mening*. Men inom det kännetecknensrättsliga området har det t.ex. ansetts att vissa grupper inom omsättningskretsen är särskilt uppmärksamma på skillnader mellan olika varor och varuslag, vilket ökar känsligheten för kännetecknets *mening* och därmed skapar grogrund för tillskapande av en *intersubjektiv mening* i kännetecken som eljest borde vara att anse som mindre distinktiva.

> *Koktvedgaard* konstaterade i fråga om välrenommerade kännetecken att man, när ett egenvärde uppstod hos kännetecknet, hade att göra med ett psykologiskt fenomen hos konsumenterna som hängde samman med människors smak, klädsel och vanor samt människornas tendens att projicera sig själva i varor. Människor kände sig ofta trogna gentemot sig själva när de var trogna ett bestämt kännetecken.[152]

Marknadsföringen kan betraktas som ett slags *investering*, i vilken uthållighet och konsekvens är nyckelbegrepp.[153] Genom målmedveten marknadsföring kan ett kännetecken hos omsättningskretsen förknippas med egenskaper av olika slag hos varan. Sådana egenskaper kan gälla varornas kvalitet rent generellt, men det kan också gälla andra mer specifika egenskaper, såsom teknisk prestanda, servicegrad m.m. När kännetecknet är känt för att ha vissa egenskaper och viss standard får det, förutom det värde som finns som resultat av kostnader och ansträngningar för att erhålla registrering och investering i marknadsföring m.m., även ett *mervärde*. Detta mervärde har på engelska uttryckts som *goodwill*. På svenska talas lika ofta om *renommé*, *anseende*, eller *egenvärde*. *Goodwill* i kännetecknensrättsligt avseende är således ett resultat av åtgärder i form av bland annat produktutveckling och framgångsrik marknadsföring och utgör därmed ett *ekonomiskt värde* i form av inves-

[151] Noveller s. 101.
[152] Immateriaretspositioner s. 162; jfr Tiili i NIR 1970 s. 245.
[153] Jfr Märkesorientering s. 103.

teringar som gjorts i kännetecknet. Dessa investeringar ger effekter inom marknaden genom att varan hos omsättningskretsen anses ha en viss jämn och ofta, men inte nödvändigtvis, hög kvalitet. Det är således ett ekonomiskt mervärde (se härom vidare materiellt nedan avd. 4.4.5). Det är en tillgång för kännetecknenshavaren.

Genom ihärdig inarbetning kan ett kännetecken få sådant *renommé* att det i sig kan ge reklam åt produkten. För att kännetecknets *goodwill* skall upprätthållas, måste kännetecknenshavaren vårda kännetecknet och skydda det mot intrång. Varans kvalitet måste stå i paritet med den kvalitet som inarbetats i kännetecknet, något som i sig är förknippat med kostnader. Många exempel kan anföras på kännetecken som missbrukats så att de skapat förvirring inom marknaden eller oklarhet om vad kännetecknet i fråga stått för. Därigenom framträder kännetecknensrätten och dess skydd för *mening* som ett skydd för en marknadsföringsinvestering.

Vad avser *goodwill* som del av skyddsobjektet, konstaterade redan *Knoph* att när lagen gav ensamrätt till firma och märke, skedde det ingalunda för kännetecknens egen skull. Det var företaget och dess *goodwill* som skyddades eller närmare besett det arbete och de kostnader som lagts ned i tillskapande av dem och som hade varit bortkastade om andra skulle kunna tillägna sig kännetecknet. Om man var klar över detta ”springer sammenhengen med åndsproduksjonen klart i øjene. I begge tilfelle er det ærlig samfundsnyttig arbeide det gjelder å beskytte, og hindre at arbeidets frukter kommer snyltere tilgode.”[154] Skillnaden mellan upphovsrätt och varumärkesrätt var att upphovsmannens ensamrätt till själva verksresultatet skyddades direkt, medan firma och märke skyddades som symbol för de värden som låg bakom företaget.[155] *Goodwill* avser därmed inte endast egenskaper som har att göra med *särskilt hög* lyx, kvalitet eller servicegrad, utan måste avse närmast en inarbetad medvetenhet hos omsättningskretsen om en viss bestämd och

[154] Åndsretten s. 366.
[155] Loc. cit.

förutsebar kvalitet, servicegrad m.m. som tillhandahålls och att denna kvalitet kan antas vara bestående.

Ett obehörigt *åberopande* av annans kännetecken innebär att de investeringar som kännetecknenshavaren har haft i någon mån utnyttjas.[156] Samtidigt uppkommer en minskning av kännetecknets *goodwillvärde*. Så är fallet åtminstone om det utnyttjade kännetecknet representerar ett ekonomiskt egenvärde.

Väl inarbetade kännetecken med högt *goodwillvärde* kan representera utomordentligt höga ekonomiska värden och ett kännetecknens *goodwillvärde* är naturligtvis av avgörande betydelse för det intresse som kan finnas för konkurrerande näringsidkare att åberopa det. Vid åberopandet sker, typiskt sett, en *förmögenhetsöverföring*.[157] *Goodwillskyddets* omfattning och frågan om på vad sätt *goodwill* kan kopplas till ett visst kännetecken, förefaller också i ökande omfattning förbunden med frågor om tillåtlighet att åberopa annans kännetecken (se vidare nedan s. 402 ff.). Det gäller särskilt i beaktande av utvecklingen i europeisk praxis. Utvecklingen där visar tydligt på att *mening* i form av *goodwill* kan vara ett objekt för kännetecknsrätten. Det gäller såväl inom ramen för det utökade skyddet för väl ansedda kännetecken som för det inom ramen för den allmänna förväxlingsbedömningen befintliga associationsskyddet (se härom vidare nedan s. 332 ff.). Även skyddet mot urvattning avser på sätt och vis ett skydd för *mening*. Urvattning innebär ju att kännetecknet förlorar särskiljningsförmåga. Det betyder att den uppfattning som omsättningskretsen fått om kännetecknet börjar suddas ut i och med att kännetecknet kommer att i ökad omfattning förknippas även med annat. När kännetecknet har *degenererat* helt, har det ju förlorat sin ursprungliga kännetecknsegenskap. Det har då också förlorat sin ursprungliga *referens*, vilken kommit att bytas ut mot en ny *referens* till alla varor av samma slag. Också utvecklingen i USA, där man på sätt och vis tagit urvattningsrisken som utgångspunkt för definitionen av

[156] Jfr Nordell i NIR 1992 s. 482.

[157] SOU 1958:10 s. 258; jfr s. 333. En utförlig analys av funktionen i detta skeende och dess effekter ges i Mayer, A och Mayer, R, Imagetransfer, Hamburg 1987 (cit. Imagetransfer) s. 46 ff.

känneteckensrättens skyddsobjekt, är värd att betänka.[158] Den utvecklingen ställer, vilket visas nedan, även svensk känneteckensrätt i delvis ny dager.[159]

Man kan, såsom redan antytts, inte sätta likhetstecken mellan *mening* och *renommé* eller *goodwill*. *Mening* är något vidare eftersom den avser alla uppfattningar om kännetecknets kvaliteter och egenskaper. *Knoph* talade också om ”forrettningsverdi og goodwill”[160] och man kan väl tänka sig att i ”forrettningsverdi” kan finnas en *mening* utan att nödvändigtvis behöva avse just *goodwill* – i vart fall i trängre bemärkelse. Det förefaller också som om orden *renommé* och *goodwill* över tid kommit att få en ändrad innebörd. Från att ursprungligen ha avsett närmast mycket *starkt inarbetade* kvalitetskännetecken, förefaller *goodwill*, i vart fall i känneteckensrättsligt avseende i dag, avse närmast kännetecken vilka hos omsättningskretsen står för *vissa inarbetade* egenskaper.

Inom företagsekonomisk varumärkesteori talas om *positionering* och om kännetecknets *identitet*.[161] Kännetecknets identitet utgörs av ett antal komponenter, såsom *personlighet*, *kultur*, *förhållande*, *reflektion* och *image*. Genom att ge kännetecknet en position inom marknaden, kan det skilja sig ur mängden och får därmed en unik *identitet*. *Positionering* kan förklaras som den verksamhet som leder till att kännetecknet upptar en distinkt och värdefull plats i förbrukarnas medvetande (jfr ovan avd. 2.3 och 2.5).[162]

Kapferer skilde mellan *identitet* och *image*. Med *image* förstods ett mått på hur väl företaget lyckats förmedla kännetecknets identitet till förbrukarna. Kännetecknets *image* blir således förbrukarnas uppfattningar om ett kännetecken som en följd av de associationer som de har till kännetecknet ifråga. Förbrukarna bildar en *image* genom att tolka de signaler som de får. Signalerna kommer från kännetecknets *identitet*,

---

[158] Federal Trademark Dilusion Act. Se härom vidare nedan under avd. 4.7.2 samt utförligt Varumärkeskonflikter s. 293 ff.; jfr även Mostert, Famous and Well-known Marks (cit. Mostert) s. 449.

[159] Jfr Levin i Festskrift till Gunnar Karnell s. 432 (se vidare nedan avd. 4.7)

[160] Åndsretten sid 363.

[161] Se Varumärkesrättens grunder s. 26.

[162] Jfr Varumärkesstrategi s. 96 ff.

men också från andra källor som inte alltid är önskvärda. Icke önskvärda signaler kan uppstå när företaget försöker efterlikna konkurrenters produkter. Förbrukarnas uppfattningar om kännetecknet blir då splittrade. Annan negativ påverkan på *image* uppstår när reklamen för kännetecknet är inkonsekvent eller om de segment som bearbetas är för många. För företaget är det viktigt att *image* och identitet är så lika som möjligt. Då har förbrukarna de uppfattningar om kännetecknet som företaget vill att de skall ha. Om kännetecknet har en *image* i förbrukarens medvetande, har också ett värde skapats.[163]

Inom företagsekonomisk marknadsföringsteori brukar begreppet *brand management* användas som ett samlingsbegrepp. Även om forskning inom *brand management*-området har gamla anor, är det först under 1990-talet som forskningen om kännetecknens betydelse inom marknaden utvecklats.[164] Det kan ha skilda förklaringar, men torde stå att finna främst i utvecklingen inom marknaden, där handel med märkesstarka företag ökade påtagligt under 1900-talets senare decennier. Enligt *Melin* initierades utvecklingen av genombrottet för begreppet *brand equity* (vilket vanligen översätts till *varumärkeskapital*), vilket blivit något av varumärkesforskningens kraftcentrum.[165] Detta relativt vaga begrepp synes sakna en allmänt vedertagen definition, men har i litteraturen karaktäriserats som det mervärde som kännetecknet ger åt en produkt.[166] Det är närmast fråga om det finansiella värde som kännetecknet förvärvar genom sin styrka. Forskningen inom området för *brand equity* behandlar skilda aspekter av detta begrepp – hur *brand equity* byggs upp, förvaltas och förmedlas samt hur det beräknas och redovisas. Varumärkeskapitalet blir därmed nära förknippat med kännetecknets *egenvärde* eller *goodwill*.[167] Det som enligt *Melin* gjorde varumärkeskapitalet till ett så intressant begrepp var att det kunde diskuteras

[163] Kapferer, Les marques, capital de l'entreprise (cit. Kapferer) s. 43 ff.; jfr Heude, "L'image de marque" (cit. Heude) s. 1 ff.
[164] Varumärkesstrategi s. 59.
[165] Loc. cit.
[166] Jfr op. cit. s. 45.
[167] Op. cit. s. 45 f.; jfr Aaker/Biel, Brand equity and Advertising.

i såväl känneteckenshavarens som konsumentens perspektiv. ”Utgångspunkten för diskussionen om *brand equity* är nämligen att om varumärket skapar värde för konsumenten, bidrar detta till att skapa värde för märkeshavaren. Att varumärket verkligen skapar värde (och därmed även för märkeshavaren) manifesterar sig i form av märkeslojalitet”.[168] För att lyckas med att ge en heltäckande bild av varumärket som värdeskapare, måste man enligt *Melin* diskutera den värdeskapande processen i två skilda, men intimt förknippade, perspektiv: *consumer beaviour* och *brand management*.[169]

Identitet och *image* är således två sidor av vad som här förstås med kännetecknets *mening*. Medan *identiteten* är den *mening* som kännetecknshavaren själv försöker ge åt kännetecknet, är *image* den *mening* som omsättningskretsen skapar eller ger åt kännetecknet. *Brand equity* synes vara ett ekonomiskt (mer)värde som baserar sig på en rad faktorer, men inte minst på fördelen av konsumenternas märkeslojalitet. Den måste i sin tur huvudsakligen bygga på känneteckenshavarens ansträngningar att ge kännetecknet *mening* och konsumenternas eller förbrukarnas uppfattning av denna *mening*. Värt att uppmärksamma är hur man inom den företagsekonomiska känneteckensteorin ägnat möda åt att definiera vad denna *mening* kan innehålla. Som synes, framstår komponenterna däri vara långt mer komplexa och nyanserade än vad som inom känneteckensrätten traditionellt kommit att förklaras som *egenvärde* eller *goodwill*. Medan *mening* således tar sikte på kännetecknets samtliga semantiska *meningsegenskaper*, avser *egenvärdet* en särskild aspekt av den känneteckensrättsliga och ekonomiska delen av kännetecknets *meningsegenskap*. *Identitet* och *image* kan på liknande sätt utgöra andra aspekter av kännetecknets *mening*.

Sammanfattningsvis kan konstateras att kännetecknets *mening* kan vara av olika slag. *Mening* kan vara nödvändig för att kännetecknet skall anses ha särskiljningsförmåga och därmed alls kunna skyddas just i egenskap av kännetecken. Kännetecknets *mening* kan då, för det första,

[168] Varumärkesstrategi s. 46.
[169] Op. cit. s. 48.

vara kännetecknets *primärmening*, d.v.s. i detta fall vad ett visst ord *refererar* till som ord. För det andra, kan *mening* tillkomma genom inarbetning, d.v.s. vad som brukar kallas kännetecknets *secondary meaning*. *Mening* av dessa båda slag utgör eller tillskapar således i sig *referens*. För det tredje, kan *mening* avse kännetecknets *egenvärde*, *renommé* eller *goodwill*. Detta kan kanske kallas för *mening* i trängre bemärkelse. Det skydd som ges för denna *mening* är ett skydd för investeringar gjorda i kännetecknet. Det är samtidigt ett skydd mot urvattning och en nödvändighet för att kännetecknet skall vara åtråvärt som licensobjekt. *Mening* i vidare bemärkelse blir då den marknadsposition som kännetecknet får.

3.3.3.1 Meningens intersubjektivitet

När kännetecknets *referens* är ett med sinnena påtagligt föremål, grundas föreställningarna om det – om dess *mening* – av med sinnena inlärda eller upplevda erfarenheter. *Regnéll* beskrev egenarten hos ordets *mening* (*betydelse*) på ett sätt som särdeles tjänar känneteckensrätten när han förklarade hur upplevelsen av ordets *mening* angav vilka konsekvenser som ett ord kan ha, vilka ändamål det kan tjäna och över huvud taget vilken ställning som det har i erfarenhetssammanhanget som helhet.[170] Eftersom skilda personers erfarenhet kan vara olika, varierar *meningsupplevelserna* i hög grad från person till annan. Den ene har kanske endast så mycket kännedom om företeelserna inom ett visst område att han rent intuitivt kan skilja mellan de vanligaste variationerna av varor inom ett varuslag, t.ex. bilar, viner eller ostar. Någon annan kan vara expert på området och kan skilja mellan olika kommersiella eller geografiska ursprung inom ett och samma slag. Han kan därmed också redogöra för speciella egenskaper som skiljer varorna från varandra. Vidare känner han en mängd fakta om de olika typerna som andra inte vet något om. Det enda väsentliga som dessa två har gemensamt i fråga om *meningsupplevelser* är att vissa arter som experten känner igen, känner

[170] Regnéll s. 40.

också lekmannen igen, och vissa distinktioner som experten gör mellan olika arter, gör också lekmannen, även om det sker på ett mindre reflekterat sätt. Det finns alltså vissa strukturella överensstämmelser mellan de bådas skilda *erfarenhetsvärldar*, samtidigt som de innehållsligt sett är mycket olika. Överensstämmelsen kan vara ungefär densamma som mellan en fyllig eller detaljrik bild och ett torftigt schema eller en skiss som återger vissa delar av bilden.[171] Ett ord kan alltså ha konkurrerande och olika *meningar*. Det kan vara fråga om regionala eller dialektala skillnader, men också om varierande språkbruk hos skilda sociala skikt, skilda yrkeskategorier eller åldersgrupper.[172] Samma ord kan t.ex. vid ett tillfälle ha en *humoristisk* och vid ett annat tillfälle en *allvarlig mening*.[173] Detta får avgörande betydelse i en rad kännetecknensrättsliga situationer, t.ex. vid bedömning av *förväxlingsbarhet* och kanske särskilt när den s.k. *omsättningskretsen* skall bestämmas (se härom nedan avd. 4.2 och 6.2 samt s. 376 ff.). Sådana olika *meningar* hos ord har också inverkan på kännetecknens *särskiljningsförmåga*.

Vad som här avses med *mening* är inte en viss persons egen uppfattning om ett kännetecken, utan den *mening* som kännetecknet ger hos *omsättningskretsen* i stort. *Meningen* är alltså *intersubjektiv*. Den skall med avseende på kännetecken vara i *stort sett* gemensam för alla medlemmar av omsättningskretsen. På liknande sätt måste förutsättas att allmänt kända symboler, liksom litterära emblem (jfr ovan s. 129), på ett övergripande plan är gemensamma för alla eller i vart fall för ett flertal inom omsättningskretsen. Eljest får de inte avsedd verkan.[174] När *Frege* talade om *mening*, uppfattade han den på liknande sätt – som generell för alla. *Mening* är således den gemensamma uppfattningen om innebörden av ett ord. Detta är inte särskilt komplicerat eller ägnat att problematisera så länge man rör sig på ett grundläggande plan. Att *stol* avser något att sitta på, borde gälla för alla. *Meningen* är i det hänseendet

[171] Loc. cit.
[172] Se allmänt Gregersen m.fl. (red.), Klasspråk (cit. Klasspråk); jfr Linell, Människans språk s. 166.
[173] Regnéll s. 90 f.
[174] Jfr Werkman s. 15.

således *intersubjektiv*.[175] Ord väcker ändå som regel för var och en individuella minnen och förknippas med individuella känslor och erfarenheter.[176] *Frege* observerade detta faktum, men gick inte närmare in på det och hur det skulle ses semantiskt. *Frege* skilde dock mellan *föreställningen* om ett tecken och dess *mening*. *Föreställningen* var subjektiv medan *meningen* var objektiv.[177] Med *intersubjektivitet* avses här naturligtvis inte heller att *meningen* är helt *absolut*, utan ett slags *minsta gemensamma nämnare* för den uppfattning som skapats om ett visst ord eller kännetecken.

> Om ett teckens *referens* är ett föremål som kunde varseblivas sinnligt, var enligt *Frege* föreställningen om det en inre bild som uppstod genom erinringar av sinnesintryck och genom såväl inre som yttre aktiviteter. Den bilden var ofta genomsyrad av känslor. Samma föreställning var inte alltid – inte ens hos en och samma människa – förknippad med samma *mening*. Föreställningen var i stället, som nämnts, subjektiv: den enes föreställning var inte den andres. Därigenom skilde sig föreställningen enligt *Frege* väsentligt från tecknets *mening* som kunde vara något gemensamt för många och alltså inte var en del eller ett modus hos den enskilda själen; ty man kunde inte förneka att mänskligheten hade en gemensam skatt av tankar som överförde sig från generation till generation.[178]

Den intersubjektiva *betydelse* eller *mening* som ord har, redovisas vanligen i lexika. Man brukar också tala om ordens *lexikaliska* betydelse. Den är ett slags *allmän bruksanvisning* för hur orden får användas i semantiskt avseende.[179] Vad som avses med *snigel, tiger* eller *Hermes* kan besvaras av ett lexikon, men använda som kännetecken, får de en helt annan *innebörd*. Inom semantiken kallas detta *tillfällig*, *situationell* el-

---

[175] Jfr Regnéll s. 41.

[176] Jfr Linell, människans språk s. 166.

[177] Frege s. 29.

[178] Op. cit. s. 37. I senare forskning har emellertid fokus riktats närmare på frågan just om ord och frasers intersubjektivitet. I viss utsträckning bildar sig ju ändå varje individ en egen uppfattning om ordens innebörd. Detta får, såsom visas nedan, särskild betydelse för kännetecken. Detta uppmärksammades särskilt av den senare Wittgenstein (se Filosofiska undersökningar och Anmärkningar om färger nr 14 och 57).

[179] Se Regnéll s. 42.

ler *ockasionell mening.*[180] Eftersom ordkännetecknet är ett substantiv i särskild användning, blir den *situationella mening* hos ordet den intersubjektiva *meningen* hos kännetecknet.

> För att tydliggöra skillnaden mellan subjektiv och intersubjektiv *betydelse* valde *Regnéll* att fingera ett språkligt idealtillstånd, i vilket alla ord och former hade en alldeles bestämd intersubjektiv *lexikalisk* och *grammatikalisk betydelse* som alla rättar sig efter: *Guld* var guld för alla och envar liksom *tordyvel*. Detta hindrade inte, att företeelsen *guld* och företeelsen *tordyvel* kunde ha mycket olika subjektiv *betydelse* för olika individer och att de motsvarande orden därför också fick det. Eftersom den intersubjektiva eller lexikaliska och grammatikaliska *betydelsen* växlade, var det fråga om ett helt annat fenomen. Två biologer som var och en var lika sakkunniga på sitt område, kunde använda samma benämning för två olika djurarter. Den enes språkbruk skilde sig från den andres, men samtidigt kunde företeelserna själva ha samma subjektiva *betydelse* för dem båda.[181]

Känneteckensrätten har uppenbarligen utgått ifrån att *meningen* är intersubjektiv. Idealsituationen vore naturligtvis att ett kännetecken kunde ha en *fullt objektiv mening, d.v.s.* att samtliga egenskaper och relationsbestämningar som det *faktiskt* har, uppfattas lika av alla inom omsättningskretsen. Detta är ett ideal som inget kännetecken i verkligheten kan leva upp till. Den *subjektiva meningen* kan vara endast en större eller mindre del av detta ideal och dessutom är den ofta felaktig, såtillvida som någon på grund av ockasionella erfarenheter kan lägga en helt irrelevant eller situationell subjektiv *mening* i ett kännetecken. Den *intersubjektiva meningen* är alltså samtidigt endast en del av den subjektiva, ”en relativt konstant och gemensam del som i stort sett endast gäller sådana bestämningar som är *kännetecken* eller skiljemärken för arter och individer och som betingar, att olika människors skilda upplevelsevärldar har ungefär samma grovstruktur. – Analoga grundläggande betydelsedistinktioner är tillämpliga på språkuttrycken”.[182] Ju bättre eller mer

[180] Se härom främst Paul, Prinzipen der Sprachgeschichte; jfr Regnéll s. 42.
[181] Regnéll s. 41.
[182] Op. cit. s. 42.

effektivt ett kännetecken inarbetas, desto mer kan följaktligen antas att intersubjektiviteten ökar. Inarbetning innebär således en likriktning som i sig leder till ökad särskiljningsförmåga. Om omsättningskretsen i gemen inte uppfattar en koppling mellan kännetecken och egenskaper hos en vara, förlorar kännetecknet sin kraft som lockmedel och därmed sitt värde också för rättighetshavaren. Det är också på det hela taget själva ändamålet med tillskapande och inarbetning av kännetecken. Vad registreringsmyndigheten har att ta ställning till i det enskilda fallet är således den intersubjektiva *mening* som kännetecknet kan antas komma att ha inom omsättningskretsen. Det är viktigt att hålla i minnet att kännetecknets *mening* är värdeneutral. Den är en känneteckensrättslig egenskap. Känneteckensrättens värdeladdning är en indelningsgrund av samma allmänna typ som storlek, ålder, kön m.m. Den vill ange en egenskap hos varan. Det viktiga är att med hjälp av kännetecknet ge åt omsättningskretsen en uppfattning om varans egenskaper i alla hänseenden. När det har lyckats, har kännetecknet fått en intersubjektiv *mening* och ett *egenvärde*.[183]

Wessman förklarade i anslutning till det engelska s.k. kamelhårsavgörandet[184] att när man sökte efter ett varumärkes betydelse, såg man kanske till *uppfattningen på marknaden*, ”en slags mental bild hos köparna. Betydelsen finner man knappast i en ordbok, utan i en viss uppfattning på marknaden, eller – mer exakt – i ett ’språkspel’ på marknaden. Marknadens språkspel är mycket komplicerat. Säljare och köpare ’talar’ med varandra på olika sätt och med olika nyanser.”[185] I kamelhårsavgörandet hade ett företag under lång tid använt kännetecknet *Camel Hill* för sina drivremmar. På marknaden användes ordet som en beteckning för kärandens drivremmar, inte som en beteckning på ett visst material. Det var enligt *Wessman* denna speciella användning av orden i marknadens *språkspel* som visade vad *Camel Hill* egentligen betydde.[186]

---

[183] Jfr Heude och Kapferer som kallar detta kännetecknets *image*.
[184] Reddaway v. Banham (RPC 1896 s. 218) (Kamelhår).
[185] Varumärkeskonflikter s. 88; jfr nedan 3.3.4 ang. språkspel.
[186] Varumärkeskonflikter s. 88.

Om kännetecknets *mening* skall vara intersubjektiv, måste kännetecknshavarens ambition vara att styra omsättningskretsens uppfattning om kännetecknet. Därmed blir det naturligt för kännetecknshavaren att åstadkomma en *mening* för sig själv, vilken är entydig med kännetecknets och densamma för samtliga varor som marknadsförs under kännetecknet. Det är ju i grunden inte namnet som sådant, utan produkten och dess leverantör som har ett anseende, och namnet främjar försäljning i huvudsak endast när det uppfattas som tecken på önskvärda egenskaper hos det marknadsförda. Ett namn har i kommersiella sammanhang sålunda en *mening* utöver den elementära att peka ut sin bärare.[187] Hur detta skall företas, synes i dag närmast vara överlämnat åt marknadsföringsteorin.[188]

3.3.4 Något om den språkfilosofiska utvecklingen efter Frege

Frågan om ords *mening* och *referens* blev inte uttömmande undersökta av *Frege*. Snarast kan sägas att han väckte ett nytt sätt att tänka – att se på förhållandet mellan språk och föremål. Förklaringen kan finnas naturligt i såväl faktum att han mer eller mindre skapade brytpunkten för en modern språkfilosofi där många ords semantiska egenskaper och förmåga ännu inte utretts, som i faktum att han stod med ena foten i matematiken och den andra i språkvetenskapen. Den främsta bristen i *Freges* gärning är kanske att han i princip stannade vid substantiv.[189] Även om han ju pekade på de problem som uppstår för ord som saknar *mening* – t.ex. egennamn – och *referens* – sagoväsen m.m. – lämnade han fältet i övrigt på det hela taget öppet. Principerna klargjordes men konsekvenserna utreddes aldrig. Även om *Frege* också kom in på *mening* och *referens* hos satser, är det i grunden ordens, främst substantiv, av det slag som ovan berörts som undersöktes. Emellertid har *Freges* i sig banbry-

[187] Karlgren, Kommersiella namn.

[188] Se vidare allmänt Varumärkesstrategi.

[189] I ett par senare artiklar utvecklade emellertid Frege teoriens om mening och referens tillämplighet också på begrepp (Ausfürungen über Sinn und Bedeutung samt Über Begriff und Gegenstand).

tande anslag, tillika med de brister som kan ses i hans framställning, lagt grunden för och givit impulser till 1900-talets omfattande utveckling av språkfilosofin. Det är inte minst dessa gränsområden och näraliggande problemområden som stått i fokus för 1900-talets fortsatta språkfilosofiska forskning. Här har inte bara *Russel* och *Wittgenstein*,[190] utan bland andra *Quine*, *Carnap* och *Husserl*, liksom även semiotikens företrädare – *Pierce*, *de Saussure*, *Hjemslev* och *Eco* – byggt vidare på *Freges* språkfilosofiska anslag.

> *Quine* analyserade mycket ingående *Freges* teori om *mening* och *referens*. Enligt *Quine* kunde distinktionen mellan *mening* och *referens* läggas till grund för en indelning av semantiska begrepp och problem i två huvudgrupper. Hans *referensteori* rörde förhållandet mellan namn och klass liksom mellan egenskapsord och klass eller mellan sats och sakförhållande. Sanningsbegreppet hörde till *referensteorin*: Sanning var ett förhållande mellan satsen och dess *referens*. I *meningsteorin* undersöktes – förutom själva begreppet *mening* – begrepp såsom synonymi och meningsfullhet, liksom begreppen analytisk och syntetisk. Enligt *Quine* var skillnaden mellan analytiska och syntetiska satser inte absolut. Med utgångspunkt i den ovan beskrivna s.k. Morgonstjärnans paradox hävdade *Quine* att man inte kunde säga att Morgonstjärnan och Aftonstjärnan hade samma *referens*. Faktum att landvinningarna inom astronomin givit vid handen att de avsåg samma himlakropp, betog inte den rent semantiska skillnaden mellan dem. Enligt *Quine* var språkets ontologi läran om vad som måste existera för att språkets satser skulle kunna vara sanna, medan dess ideologi var läran om de *meningar* som uttrycktes i språket.[191] Således synes språkets ontologi ha att göra med *referens* medan dess ideologi har att göra närmast med *mening*.[192] *Quine* framhävde, till skillnad mot *Frege*, också språkets sociala natur. Alla lärde sig språket av andra människor genom observerbara uttalanden av ord i intersubjektiva situationer. Språkligt, och därför begreppsmässigt, stod de föremål skarpast i fokus, vilka var tillräckligt offentliga,

[190] Jfr Frege, Skrifter i urval s. 7 (förord av Daniel Birnbaum och Sven-Olof Wallenstein).

[191] Se v. Wright s. 74 f.

[192] I det perspektivet förefaller Quine vara känneteckensrättens dilemma på spåret, eftersom det inom det som kan kallas känneteckensrättens *fiktion*, är fråga om andra än rent faktiska denotationer.

för att man skulle tala om dem offentligt, tillräckligt vanliga och iögonenfallande, för att man skulle tala om dem och ofta och tillräckligt nära våra sinnen, för att omedelbart identifieras och kallas vid sina namn. Det var om dessa som ord först och främst användes.[193]

Det största steget inom semantiken efter *Frege* torde ha tagits av *Wittgenstein*. I *Philosophishe Untersuchungen* utvecklas teorierna om s.k. *språkspel*. I dem beaktas *meningen* av abstrakta ord såsom räkneord och färger.[194] *Wittgenstein* konstaterade att vad det var för orden att betyda, framgick just av användningen.[195] Ett teckens betydelse återfanns inte i det fysiska objekt som tecknet betecknar, utan i tecknets praktiska användning i ett *språkspel*. Den senare *Wittgenstein* ansåg att ett ords betydelse i allmänhet inte var något, varken ett fysiskt objekt, ett psykiskt objekt eller ett ideellt objekt. Begreppet *betydelse* hos den senare *Wittgenstein* används alltså inte på samma sätt som *referens* hos *Frege*. *Wittgensteins* exempel var en person som byggde något och som till sin hjälp hade en medhjälpare. Byggstenarna bestod av kuber, pelare, plattor och bjälkar. Byggaren lärde medhjälparen att reagera på *kub* genom att hämta en kub vid utropet ”kub” o.s.v., d.v.s. medelst s.k. ostensiva eller utpekande definitioner. För färger kunde användas ett färgmönster där bilden av en röd kvadrat skulle få medhjälparen att hämta en röd kub. Räkneord skulle medhjälparen lära sig genom att byggaren uttalade dem i ordning från ett och uppåt och för varje ord valde en byggsten av den ifrågavarande färgen och formen. Innebörden i *dit* skulle inläras genom att byggstenarna fördes till ett av byggaren utpekat ställe.[196] Om medhjälparen kom med en platta i stället för, såsom angivits, en kub kunde man säga att medhjälparen hade glömt vad som avsågs med *kub*.[197]

Russel byggde vidare på *Freges* läror, främst i ett logiskt perspektiv, men rörde sig härvidlag i ett mycket komplicerat gränsland mellan logik och semantik. Ett intressant resultat av *Russels* forskning i detta gränsland är att det enligt *Russel* fanns frågor i logiken, vilka låg djupare än vad som kunde förklaras som sant eller falskt. I många fall måste man känna till villkoren för att ett uttryck skulle vara *meningsfullt*, innan man kunde fråga efter vill-

[193] Quine, Word and Object.
[194] Se om utvecklingen på detta område även Wittgenstein, Anmärkningar om färger.
[195] Se v. Wright s. 207.
[196] Filosofiska undersökningar nr 2 ff.; jfr v. Wright s. 206.
[197] Se v. Wright s. 207.

koren för dess sanning.[198] Det finns, trots *Russels* enorma betydelse för utvecklingen av 1900-talets filosofi, ingen anledning att för mig här närmare gå in på *Russels* landvinningar, eftersom de torde ligga alltför långt ifrån känneteckensrättens objektsfrågor.

Carnap utkom 1934 med sitt andra huvudverk, *Logische Syntax der Sprache* (Språkets logiska syntax). Där behandlas inte ords och satsers *mening,* utan endast reglerna för hur olika typer av ord inom en vetenskap kan sättas samman till meningsfyllda satser och hur dessa satser sedan kan omformas.

Kring sekelskiftet 1900 började *Husserl* kritisera dåtidens filosofer för att avlägsna sig från något som han kallade *livsvärlden*. Han introducerade *fenomenologin*. Man kunde enligt *Husserl* inte fånga en beskrivning av det verkliga *fenomenet*, utan bara människans upplevelse av det (*fenomen* = saken så som den visar sig). Förenklat kan man säga att *Husserls* bidrag till kunskapsfilosofin var att säga att människan erfar världen genom att erfara ett fenomen. Vill vi veta något, måste vi gå till fenomenet.[199] *Husserls* fenomenologi kan delvis förstås som en generalisering av *Freges* teori, varigenom *meningsbegreppet* utsträcks till att gälla inte bara språkliga uttryck, utan alla slag av mentala akter.

Freges lära om *mening* och *referens* har också haft stor betydelse för utvecklingen av den, relativt sett, nya filosofiska inriktningen *semiotiken* (jfr ovan s. 123 ff.). Enligt *Hjemslev* kunde tecken som *betydde* detsamma, och alltså var identiska, visa sig vara olika eller *betyda* skilda ting: olika dialekter och stilarter eller samma sats i skrift eller tal. Mera allmänt sett skulle man kunna säga att *konnotationen* för *Hjemslev* var en effekt som uppkom varje gång man måste välja en av flera möjliga varianter.

Eco utvecklade sitt konnotationsbegrepp med hänvisning till *Hjelmslev*, men hans definition av konnotationen som en betydelse överförd av en annan betydelse visar på något helt annat än för *Hjemslev.*[200] *Eco* tänkte sig en damm, vars varningssystem hade en signal med betydelsen (*denotationen*) att vattennivån i dammen var för hög. Med kännedom om dammen kunde det också innebära fara för översvämning. Detta kunde i sin tur tolkas som en instruktion till vakten att sänka vattennivån. Dessa senare bety-

[198] Op. cit. s. 74.
[199] Se, Husserl, Fenomenologins idé.
[200] För Hjemslev överfördes *konnotation* snarare av relationen mellan uttryck och innehåll.

delser var enligt *Eco konnotationer*. Detta *konnotationsbegrepp* kan emellertid kritiseras från logisk synpunkt, eftersom konnotationerna (*meningen*) följer logiskt ur *denotationen* tillsammans med en beskrivning av dammens uppbyggnad och dess relation till omgivningen (det skulle då snarare kunna kallas för en kontextuell implikation). Det är här således frågan om en relation mellan skilda innehåll, precis som fallet är med implikationerna i *Hjemslevs konnotationsbegrepp*.

3.4 Sammanfattning och utgångspunkter

Vi skapar ett spektrum som går från ett *monoreferentiellt* namn, d.v.s. att det inte bärs av någon annan till en *generell beteckning*, d.v.s. ett *appellativ.* Medan det förra pekar ut ett unikt föremål, utan att ge någon information i övrigt om det föremål som det skall identifiera, pekar appellativet ut alla objekt inom sin klass: ordet *stol refererar till* den totala mängden av stolar.[201] Någonstans inom detta spektrum av olika grader av distinktivitet kan ett skyddat varukännetecken återfinnas.

Att ett kännetecken, som närmar sig gränsen mot generell beteckning har svag särskiljningsförmåga, är känt. Blir kännetecknet ändamålsenligare mot spektrets andra ände – den som slutar i ett *monoreferentiellt* namn? Ett ord som är ett monoreferentiellt uttryck, kan *de facto* ha endast ett föremål, och är som sådant en idealisk symbol för sitt föremål, t.ex. *Stockholm, Silverbibeln*, eller *Mona-Lisa*, men det fungerar inte särskilt bra som varukännetecken, ens om det är notoriskt känt, eftersom det endast finns ett objekt inom mängden. Det normala är därför att varukännetecken kan ha flera föremål i sin mängd, nämligen alla de varor som det skall symbolisera. Detta gör att varukännetecknet skiljer sig, inte bara från substantiv i allmänhet, utan även från egennamn, geografiska ursprungsbeteckningar och firmor. Skilda kännetecknsrättsliga objekt har således helt olika semantiska egenskaper. Det är främst varukännetecknet och dess semantiska egenskaper i mitten av detta spek-

[201] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 64.

trum som nedan skall behandlas. Det *refererar* till, eller *denoterar*, alla föremål som de skall beteckna och ger *mening* åt sitt objekt.

Här bör uppmärksammas det viktiga förhållandet att medan en *firma* är ett monoreferentiellt tecken, är varukännetecken och personnamn det inte.[202] Detta kan kallas firmarättens *enhetskriterium*.[203] Förhållandet kompenseras dock på sätt och vis av bedömningen av firmarättens förväxlingsbarhet och firmadominantens betydelse därvidlag. Firma är ju på det sättet mer individuell än vanliga egennamn, eftersom den tekniskt sett är unik. En *firma* är en solitär. Samtidigt bör påpekas att *geografiska ursprungsbeteckningar* semantiskt sett skapar särskilda kännetecknsrättsliga skyddsföreteelser genom sina egenskaper av att kunna särskilja vissa företeelser inom ett visst begränsat område, helt oavsett kommersiella ursprung.

Egennamn är detsamma i semantisk bemärkelse som objektet för namnrätten. De har det gemensamt med varukännetecken att de anger eller symboliserar samtliga individer inom mängden. *Varukännetecknet* utpekar alla varor som bär kännetecknet, men det skiljer sig från personnamn genom att det, till skillnad från vad som gäller för personnamn, kan stå för särskilda egenskaper hos varan; i vart fall ett gemensamt kommersiellt ursprung. Därtill gäller som regel också att de utpekar flera varor.[204] En materiell skillnad mellan egennamn och varukännetecken är också att egennamn, till skillnad från varukännetecken, behåller sin egennamnsstatus även när de anger egenskaper hos sin bärare.

Ett kännetecknens *referens* avser alla varor inom klassen för de varor som skall kännetecknas. Kännetecknet kan dessutom skapa *meningar* som inte tidigare funnits eller som kan finnas latenta. Firman *Triton* för ett försäkringsbolag skapar i sin egenskap av kännetecken en *referens* till just den näringsverksamheten. Dessutom skapar den en relation mellan den *mening* som finns i den grekiska mytologins tritoner och i näringsverksamheten, vilken antyder t.ex. sjöförsäkringsverksamhet. Denna relation kan vartefter ändras beroende på olika faktorer. Den kan

[202] Jfr Åndsretten s. 400.
[203] Se Läran om namn och firma s. 146.
[204] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 34.

stärkas på grund av marknadsföring – inarbetning. Genom att uppköpas av ett konkurrerande försäkringsföretag som företrädesvis håller på med annat än sjöförsäkringar, kan relationen försvagas.[205] Genom att smutskastas av ett konkurrerande företag, kan relationen också ändras. Genom att vårdas i kundrelationer och marknadsföring, kan omsättningskretsens förtroende för kännetecknet stärkas och vinna nya, helst avsedda, *meningar*.

Såsom ovan (s. 160) konstateras, skall man enligt *Frege* skilja mellan tecknets individuella *föreställning* och dess generella eller intersubjektiva *mening* som kunde vara något gemensamt för alla.[206] När det så gäller kännetecken, kan man generellt säga att tanken med inarbetning är att kännetecknets *föreställning* skall förbytas i *mening*. När omsättningskretsens uppfattning om ett kännetecken har så att säga likriktats till en fast kärna av gemensamma egenskaper, har kännetecknet fått en *mening* – det är inarbetat. Eftersom föreställningen om ett kännetecken som inte har inarbetats kan variera från person till annan, är det viktigt för kännetecknenshavaren att försöka så tydligt som möjligt *fixera* skilda människors i omsättningskretsen uppfattning om kännetecknet vid den uppfattning som kännetecknenshavaren vill att omsättningskretsen skall ha om varan. Det är inte bara fråga om att fixera det materiella underlaget för den garanti som skapar kännetecknets garantifunktion (se ovan s. 84 ff.), utan även om andra, mer abstrakta, föreställningar om egenskaper hos varan. När detta har lyckats, brukar man säga att kännetecknet har *egenvärde* eller *goodwill*, varmed avses att ett tillräckligt stort antal inom omsättningskretsen känner till de särskilda egenskaperna hos varor med ett visst kännetecken.

Syftet med ett kännetecken är visserligen att det skall utgöra namn på en viss vara (jfr ovan avd. 1.3 om varumärkesrättens utveckling från namnrätten), men dess *symbolfunktion* (jfr ovan s. 72 ff.) i förening med dess unicitet, d.v.s. att det inte får vara förväxlingsbart med annans kän-

[205] Jfr Stuevold Lassen som konstaterade att ett ord i vissa fall kunde få *secondary meaning* för en bestämd producents eller leverantörs varor, trots att betydelseinnehållet ursprungligen var ett helt annat (Oversikt s. 99).

[206] Frege s. 37.

netecken, medför att det också har *mening*. Varumärkets *mening* utgörs av de associationer, känslor, intryck m.m. som den som kommer i kontakt med kännetecknet förknippar med varan. Kravet på att den skall vara intersubjektiv har ökat med internationalisering och med en allt komplexare marknadsstruktur.

4. Skyddsförutsättningar

Ofta är ordens användning helt problemfri i typiska och vanliga fall, medan de extrema och ovanliga fallen är problematiska. I allmänhet är det t.ex. inte svårt att avgöra om ett givet föremål är levande eller livlöst, om det är en växt eller ett djur, men många ord i det vanliga språket har en oklar definition. Man kan inte med bestämdhet säga om ett föremål att det har en eller annan *denotation*. ”Naturligtvis finns alltid gränsformer, men avgörandet kan då och då vara diskutabelt. Många gånger finns helt enkelt inga språkvanor att hålla sig till. Man kan givetvis inte alltid hävda att det ena eller det andra är *i och för sig* riktigt. I själva verket är det i dagligt språk en godtycklig sak eller en ren lämplighetsfråga vad man bestämmer sig för.”[1] Även om dessa överväganden i många fall gäller också inom kännetecknsrätten, när fråga är om *särskiljningsförmåga*, *förväxlingsbarhet*, *skyddsomfång* eller *degeneration*, ställs där särskilda och formella krav på om ett ord har kännetecknsrättslig status eller inte, och om det kan skyddas. De gränsdragningar som skall göras rör inte bara fråga om skydd kan ges *a priori*, utan i många fall även *a posteriori* i fråga om kollision med redan existerande kännetecken, liksom kännetecknets faktiska status på en fungerande marknadsplats. I detta kapitel redogörs närmare för kännetecknsrättens primära skyddsförutsättningar, d.v.s. vad som krävs för att ett kännetecken skall kvalificera för skydd – främst kännetecknets särskiljningsförmåga och förväxlingsbarhet.

[1] Regnéll s. 63.

Till skillnad från ord i allmänhet, där det allmänna språkbruket skapar egenskaperna och föreställningarna om orden, är det inom kännetecknsrätten i stället legala förutsättningar som avgör vad som kan anses utgöra ett kännetecknen i rättsligt avseende och vilka egenskaper som de kan ha. Detta ger uttryck åt rättens dogmatiska karaktär. Emellertid har lagstiftaren på visst sätt öppnat möjligheter för marknaden att i det enskilda fallet kunna bestämma eller i vart fall påverka kännetecknsrättens omfattning eller *värde*. Ytterst är det ändå domstolen som avgör kännetecknets gränser enligt gällande rätt.

Speciellt för kännetecknsrätten är att den skapar *referenser*. Medan ord har en *referens* i sig, är kännetecknsrättens uppgift att ge ett ord eller andra uttryck en ny *referens* såsom kännetecken. Anledningen till att substantiven dominerar kännetecknssfären är att egennamn och appellativer, vilka har naturlig kännetecknsfunktion, hör just till ordklassen substantiv.[2] Det är således uppenbart substantiv som passar bäst in i bilden. Vid registrering blir det huvudsakligen registreringsmyndigheten som ger ordet varumärkesstatus och därmed upprättar *referensen*, men skydd kan också uppkomma genom viss grad av användning av kännetecknet – *inarbetning*.[3]

Ett kännetecken kan, som bekant, också *degenerera*. Flera av lagstiftningens verktyg finns tillhands för att kännetecknshavaren, och i vissa fall det allmänna skall kunna ingripa för att upprätthålla *referensen*. Andra regler verkar försvagande på den. Dit hör reglerna om användningstvång i 25 a § VmL och reglerna om preklusion och passivitetsverkan i 8–9 §§ VmL. Man skulle i det perspektivet kunna säga att kännetecknsrättens huvuduppgift är att *generera* varumärken och därtill skydda de givna kännetecknen mot *angrepp* och *degeneration*.

Gränserna för ensamrätten till ett kännetecken sätts primärt av kännetecknsrättens regler om *särskiljningsförmåga* och *förväxlingsbarhet* och av rättens ekonomiska tillämpningsområde. I princip saknas i VmL någon definition av vad som är det immateriella *föremålet* för skyddet.

---

2 Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 66.

3 Jfr Oversikt s. 15 och 20.

I 1 § andra stycket VmL anges endast att ett tecknen måste kunna *särskilja* varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls i en annan. Ett fundamentalt krav för alla kännetecken är således att de har *särskiljningsförmåga* eller *distinktivitet*, men säger det något om skyddets föremål annat än att föremålet är något som har symbolegenskap (jfr ovan s. 72 ff.)? Skillnaden mellan olika kännetecken för samma typ av produkt gör att konsumenten kan skilja de olika produkterna åt. Sådan skillnad brukar skapas även genom andra former av särskiljningsfakta, t.ex. genom val av särskild färg, form m.m.[4] *Särskiljningsförmåga* har emellertid utvecklats till ett utpräglat juridiskt begrepp och därmed fått ett innehåll väsentligt annorlunda än vad som kan antas gälla i allmänt språkbruk. Man kan därmed tala om såväl *skyddade kännetecken* som *oskyddade tecken*. Att ordet *Tandkräm* inte kan skyddas som kännetecken för tandkräm på grund av bristande särskiljningsförmåga är självklart – det är *generiskt* – trots att två konkurrerande tandkrämer med detta namn bevisligen har kunnat existera parallellt inom marknaden utan att omsättningskretsen har haft problem med att särskilja produkterna åt.

4.1 Skyddets uppkomst

Medan *registrering* av ett kännetecken innebär att ett skydd *de facto* tillskapas, med registreringsmyndighetens hjälp och på initiativ av kännetecknshavaren, d.v.s. genom en handling som direkt är inriktad mot att skyddet skall uppkomma, är *inarbetning* något som sker i sig genom att kännetecknet används. Det är en av den förmente kännetecknshavaren mer eller mindre målmedvetet företagen handling som är förenad med omsättning och marknadsföring. Ensamrätten till ett inarbetat kännetecken gäller i det område där det är inarbetat och kan således, till skillnad från det skydd som ges genom registrering, även vara allt från lokalt till landsomfattande (se vidare nedan s. 181 ff.). Slutligen kan använd-

[4] Werkman, s. 4 och 6.

ning leda till att kännetecknet får ett *anseende* och därigenom ett större skyddsomfång (se vidare nedan avd. 4.4.5).[5]

En registrering anger emellertid endast att det enligt PRV eller högre besvärsinstans – ytterst RegRn eller EG-domstolen – inte funnits några påvisbara hinder mot att kännetecknet skulle kunna innehas med ensamrätt. Registreringen innebär då inte något annat, såvida den inte föregåtts av en prövning av individualiseringsgrad[6] eller förväxlingsbarhet. Bristande särskiljningsförmåga kan nämligen botas genom användning på ett sådant sätt och i sådan omfattning att benämningen inom omsättningskretsen visar sig ha kommit att uppfattas som ett kännetecken. När så har skett, kan kännetecknet i fråga skyddas.[7] Visserligen kan i dag också alltmer ifrågasättas såväl *referensens* reella innebörd som värdet av en registrering. Även om registreringsinstitutet, särskilt i beaktande av det europeiska formalregistreringsförfarandet, mer bidrar till att skapa endast en *presumtion* om ensamrätt, bör det emellertid fortfarande ses närmast som en ensamrätt som tillskapas av registreringsmyndigheten (jfr även nedan s. 572).

Något materiellt skydd kan enligt svensk rätt inte tillmätas ett varukännetecken endast genom *användning*, men användningen kan hur som helst påverka skyddsmöjligheten och skyddsomfånget. Användningen kan ju ha betydelse vid bedömningen av särskiljningsförmåga. Eftersom vid denna bedömning hänsyn skall tas till den omfattning och den tid som kännetecknet varit i bruk (se härom vidare nedan s. 192 ff.), ger ibruktagande upphov till ett skydd för t.ex. de s.k. naturliga varukännetecknen, såsom släktnamn, adress, och firma.

Man brukar skilja mellan *naturliga* och *egentliga* eller *särskilda* kännetecken.[8] Medan de egentliga varukännetecknen är kännetecken som har tillskapats just för att användas som kännetecken, är de naturliga varukännetecknen sådana tecken som åtnjuter automatiskt skydd utan registrering, såsom

5 SOU 2001:26 s. 210.

6 Holmqvist i NIR 1975 s. 257.

7 Op. cit. s. 255.

8 Jfr Kobbernagel, som skilde mellan konstruerade märken eller fantasimärken (Kobbernagel II s. 24 f.).

fastighetsnamn, personnamn, släktnamn och firma. Om ett egennamn eller firma skall kunna tjäna som varukännetecken, måste det emellertid som ettvart kännetecken, uppfylla tillräckliga krav på särskiljningsförmåga. Motsatsvis följer att det står var och en fritt att för sig som kännetecken *använda* tecken som är så svaga att de helt saknar unicitet, såsom *Andersson* eller *Stockholm*.[9] Det gäller naturligtvis så länge de av andra skäl inte kan anses vilseledande eller stridande mot t.ex. bestämmelser om geografiska ursprungsbeteckningar.

4.1.1 Registrering

Vid registrering av kännetecken, talas om *absoluta* och *relativa* registreringshinder. Medan de absoluta registreringshindren såsom t.ex. bristande särskiljningsförmåga, vilseledande eller stridande mot lag eller allmän ordning, gäller *a priori*, är de relativa registreringshindren beroende av annans rätt, såsom t.ex. varukännetecken, firma, upphovsrätt och titel på ett litterärt eller konstnärligt verk, eller egenartat efternamn. Vid ansökan om registrering av ett varumärke skall registreringsmyndigheten göra en förprövning av om förutsättningar finns för registrering.

Enligt 13 § första stycket VmL skall ett märke som uteslutande eller med endast mindre ändring eller tillägg anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller geografiska ursprung eller tiden för dess framställande, inte i och för sig anses ha särskiljningsförmåga. Enligt 1958 års motiv skulle med *varans art* förstås allmänna varubenämningar, d.v.s. *generiska* ord eller appellativer som betecknade viss vara eller varugrupp, t.ex. *kaffe* eller *livsmedel* och under *beskaffenhetsangivande* ord hänfördes ord som i övrigt angav varans egenskaper och kvalitet. Dit hörde först och främst allmänna kvalitetsbenämningar, såsom *extra*, *prima* och *standard* och vidare diverse ord som kunde innefatta ett allmänt värdeomdöme om varan, såsom *superior*, *lyx*, *ideal*, *suverän*, *elit*, *rekord*, *populär*, *eminent* o.s.v.[10] Dit hörde även ord som uttryckte nå-

[9] Jfr op. cit. s. 110.

[10] Jfr det norska registreringsavgörandet där ordmärket *EXTRA!* inte ansågs kunna registreras, eftersom ordet *extra* var en allmänt använd kvalitetsbeteckning, för vilken det förelåg frihållningsbehov (Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 21. oktober 1998 i sak nr. 6822 (Extra!).

gon egenskap hos varan, såsom *rostfri*. Med mängd avsågs myckenhet och med användning åsyftades varans ändamål, såsom t.ex. *baby* för barnvagnar och *blondin* för hårmedel.[11]

Bestämmelsen i 13 § första stycket VmL motsvarar art. 6^{quinquies} B 2 PK samt Varumärkesdirektivets art. 3.1 c och art. 7.1 c i Varumärkesförordningen. I bedömningen av om ett märke har särskiljningsförmåga skall enligt direktivet hänsyn tas till alla omständigheter och särskilt till den omfattning och den tid som märket har varit i bruk. Till de absoluta registreringshindren enligt svensk rätt hör även att märket är ägnat att vilseleda allmänheten (14 § första stycket 2 VmL, se härom vidare nedan avd. 4.5) samt att märket strider mot lag eller författning eller allmän ordning eller är ägnat att väcka förargelse (14 § första stycket 3 VmL, jfr nedan avd. 4.6).

De relativa registreringshindren är stadgade i enskildas intresse och anges i 14 § första stycket 4–9 samt 14 § andra–tredje styckena VmL. Enligt 14 § första stycket 4 VmL får märket inte registreras om det innehåller eller består av något som är ägnat att uppfatta som *annans* firma eller som *annans* släktnamn, konstnärsnamn eller likartat namn eller annans porträtt, där namnet eller porträttet uppenbarligen inte åsyftar någon sedan länge avliden. Enligt 14 § första stycket 5 VmL får märket inte registreras om det innehåller något som är ägnat att uppfatta som titel på annans skyddade litterära eller konstnärliga verk, där titeln är egenartad (se härom nedan s. 294 ff.), eller kränker annans upphovsrätt till litterärt eller konstnärligt verk eller annans rätt till fotografisk bild eller mönster. Enligt 14 § första stycket 6–9 VmL får märket inte registreras om det är förväxlingsbart med ett namn eller en firma som någon annan använder i en näringsverksamhet, med någon annans varumärke eller med någon annans varukännetecken.

Enligt 14 § fjärde stycket VmL gäller de relativa registreringshindren endast om den vars rätt är i fråga inte ger sitt tillstånd till registreringen. Registrering av t.ex. ett förväxlingsbart varumärke kan alltså ske om

[11] SOU 1958:10 s. 72; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 91; jfr EG-domstolens s.k. Baby-dry-avgörande (C-383/99), där *Baby-dry* ansågs kunna registreras för blöjor (se härom nedan avd. 4.3.3.2).

innehavaren av det äldre märket lämnar sitt *medgivande* härtill.[12] Medgivande att registrera ett identiskt eller praktiskt taget identiskt varumärke för samma eller mycket likartade produkter godtas dock inte. Förekomsten av två sådana märken har enligt domstolen ansetts kunna vara vilseledande och registreringshinder möter då enligt 14 § första stycket 2 VmL.[13] I detta fall har alltså distinktionen mellan vilseledande och förväxlingsbara varumärken luckrats upp (jfr nedan s. 356).[14]

Officialprövningen av de relativa registreringshindren behandlades redan i den översyn av vissa bestämmelser i VmL som gjordes vid mitten av 1990-talet. Då fördes emellertid fram flera skäl för att behålla officialprövningen. Den ansågs dels medföra att man skulle undvika osäkerhet om innebörden och styrkan hos de registrerade varumärkena, dels att antalet invändningar i registreringsärenden kunde hållas nere. Rättighetshavarna slapp att själva bevaka sina rättigheter.[15] Enligt regeringen talade inte minst faktum att övriga nordiska länder och vissa andra industriländer hade liknande system för att officialprövningen av relativa registreringshinder skulle behållas.[16]

Som anges ovan (s. 50), föreslog VK i sitt betänkande att officialprövningen av de relativa registreringshindren skulle avskaffas och ersättas av ett invändningsförfarande. Enligt kommittén fanns det visserligen flera fördelar med en officialprövning även av relativa hinder. En väl fungerande officialprövning av både absoluta och relativa registreringshinder bidrog till att ett registrerat märke inte inkräktade på äldre svenska nationella registrerade ensamrätter eller internationella registreringar med verkan i Sverige. Den bidrog också till att ett sökt märke inte inkräktade på äldre gemenskapsregistreringar. En sådan officialprövning, grundad på granskning av samtliga, eller i vart fall det stora flertalet ensamrätter, gjorde därför att antalet invändningar kunde hållas lågt och att tvister om varumärkesregistreringens giltighet och ensam-

[12] Jfr Oversikt s. 123 ff. och Immaterialrätt s. 206.
[13] Jfr RÅ 1984 2:64 (Apple); jfr härtill även Åndsretten s. 428.
[14] Jfr Immaterialrätt s. 203 f.
[15] Ds. 1993:97 s. 44 f.
[16] Prop. 1994/95:59 s. 38 f.; jfr SOU 2001 s. 163.

rättens omfattning förebyggdes. Den som fick en registrering beviljad, hade med en väl fungerande officialprövning rimlig grund för att anta att det registrerade märket inte gjorde intrång i någon annans rätt. På grundval av en varumärkesregistrering, kunde innehavaren därför göra investeringar i sitt varumärke och bygga upp märkets slagkraft, anseende och styrka. Innehavaren kunde i olika sammanhang använda registreringsbeviset för att styrka sin rätt, inte bara i händelse av tvister om intrång eller ogiltighet, utan också vid överlåtelse m.m. av varumärken. Officialprövningen kunde härigenom sägas bidra till att skapa förutsättningar för att ge registrerade varumärken ett förmögenhetsvärde. Vidare ledde en väl fungerande officialprövning av både absoluta och relativa registreringshinder till att varumärkesregistret innehöll information om flertalet gällande ensamrätter. En officialprövning som omfattade relativa registreringshinder, ledde också till att varumärkesregistret speglade administrativ praxis på ett mer fullständigt sätt.[17]

> Att man i Danmark övergivit officialprövningen av de relativa registreringshindren, medan man i Finland, Island och Norge hade för avsikt att behålla dem, gjorde att det kom att finnas två olika system för officialprövning i nordisk rätt. En nordisk rättslikhet var således inte möjlig att nå i detta avseende, oavsett hur förprövningen utformades i Sverige. När det gällde förprövningens omfattning, hade därför betydelsen av nordisk rättslikhet inte samma tyngd som tidigare. Det fanns emellertid flera skäl som talade emot officialprövningen av de relativa registreringshindren. Till att börja med kunde det ifrågasättas om staten skulle ansvara för bevakningen av enskildas varumärkesrätter. Vidare fanns det skäl som talade emot officialprövningen av de relativa hindren och som var hänförliga till handläggningen i PRV. Det fanns också skäl som talade emot officialprövningen och som anknöt till prövningens omfattning och tillförlitlighet.[18]

Det är ingen förutsättning för registreringens giltighet att sökanden använt kännetecknet vid registreringstidpunkten. I samband med registreringen behöver man därför varken göra sannolikt eller förklara att kän-

[17] SOU 2001:26 s. 167 f.; jfr AKs motivering i SOU 1956:25 s. 178 ff.
[18] SOU 2001:26 s. 168 och 178 ff.

netecknet är taget eller avses att tas i bruk.[19] Mot detta måste emellertid ses kravet på s.k. användningstvång.[20]

4.1.2 Inarbetning

Kännetecken saknar i många fall inledningsvis den särskiljningsförmåga som är nödvändig för att kunna skyddas. Om förbrukarna tilltalas av en produkt, uppstår en första bindning mellan förbrukare och produkt. I anslutning till lansering av produkten spelar marknadsföringen stor roll. Efter hand upprättas ett band som grundar sig på förbrukarens tillfredsställelse och på förtroende för märkeshavarens produkt. Slutligen har förtroendet för märket blivit starkare än associationen med själva produkten, genom att konsumenten i sin beslutsprocess direkt associerar till kännetecknet och inte till varan.[21] Kännetecknet är då inarbetat.

Det som sker genom inarbetningen är att ordet får en viss *referens*, nämligen till produkter av angivet slag, men också en speciell *mening*. Denna *mening* består i att omsättningskretsen *associerar* till en viss vara och dess egenskaper när de kommer i kontakt med kännetecknet. I detta hänseende avser *meningen* således inte något annat än att den association som krävs för att *referens* mellan vara och kännetecken etablerats, vilken i sig kan innehålla komponenter av vitt skilda slag – allt ifrån kvalitet och lyx till kvalitets- och prisangivelser – motsvarat förbrukarens förväntningar. Skillnaden mellan registrerade varumärken och inarbetade kännetecken är alltså att det räcker med symbolegenskap – särskiljningsförmåga – för registrering, medan ett inarbetat kännetecken *de facto* måste ha en förvärvad *mening* för att få *referens*.

Holmqvist konstaterade att fantasibetonade kännetecknen inte behövde användas för att kunna registreras, men de måste användas för att inarbetas. Det var, enligt *Holmqvist*, troligen dessa kännetecken som i första hand avsågs med påståendet att ett särpräglat märke var lättare att in-

[19] Koktvedgaard/Levin s. 273.
[20] Se härom Noveller s. 41 ff., Pawlo i NIR 1998 s. 4 ff. och Oversikt s. 161 ff.
[21] Märkesorientering s. 103.

arbeta på kort tid än ett inte särpräglat sådant.[22] Som huvudregel gäller därför, såsom angivits ovan (s. 144 f.), att fantasibetonade kännetecken som över huvud taget inte anspelar på varans art eller andra egenskaper – såsom t.ex. *Kodak* – kan bli de starkaste. Men de är samtidigt de som är svårast och kostsammast att inarbeta.[23]

Ordet *inarbetning* torde ha introducerats av *Eberstein* i en artikel i TfR redan år 1910.[24] Principerna om inarbetning utvecklades i svensk rätt under början av 1900-talet genom praxis,[25] där HD visade på att en renodlad registreringsprincip var otillräcklig från konkurrenssynpunkt och att någon rätt baserad enbart på ibruktagande och användning inte kunde accepteras. Också i registreringspraxis utarbetades principer, enligt vilka hänsyn togs till bruket av kännetecken i bedömningen av särskiljningsförmåga vid registrering. Även om lagen inte gav någon möjlighet att föra en sådan bevisning, blev en mängd varumärken registrerade sedan sökanden hade inlämnat vad som var regelrätta inarbetningsbevis. I registreringspraxis hade således principerna om inarbetningsskydd redan befästs i nationell praxis, långt innan de lagfästes i 1960 års lag.[26]

Ett visst nationellt inarbetningsskydd infördes emellertid redan 1934 i 1884 års varumärkeslag i form av ett uttryckligt förbud mot *registrering* av märken som var helt och hållet lika eller lätt kunde förväxlas med märke som redan var för annan inarbetade såsom i handeln gällande varukännetecken (4 § första stycket 6 i 1884 års VmL). Ändringen var en följd av Sveriges åtaganden enligt PK i vilken genom 1925 års Haagrevision i art. 6bis infördes bestämmelser om *notoriskt kända märken*.[27] Det skydd för inarbetning som då infördes i lagen, avsåg endast varor av samma eller liknande slag. Det förutsattes alltså en materiell konkurrensrelation mellan de båda kännetecknen. Därtill kom att lag-

[22] Holmqvist i NIR 1975 s. 271.
[23] Se Oversikt s. 62.
[24] Ebersteini TfR 1910 s. 421; jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 259.
[25] Se NJA 1925 s. 340 (Salamander) och NJA 1929 s. 44 (Tenax).
[26] Holmqvist i NIR 1975 s. 261; jfr härtill också Åndsretten s. 438 ff.
[27] Op. cit. s. 259; jfr härtill Bertrand i RDPI 44/1992 s. 11 ff.

ändringen avsåg endast registrerbara varumärken.[28] Dessa brister avhjälptes genom den år 1942 införda bestämmelsen i 9 § IKL, där det stadgades straff för den som i näringsutövning *använde* namn, firma, varumärke, utstyrsel eller annat kännetecken i uppsåt att framkalla förväxling med inarbetat kännetecken för annans näringsverksamhet eller däri utbjudna varor eller prestationer.[29]

I sina överväganden inför 1960 års VmL föreslog VFU som bekant (jfr ovan s. 52), att det varumärkesrättsliga skyddet exklusivt skulle regleras inom ramen för den föreslagna varumärkeslagen. Mot bakgrund av att det i 1960 års VmL således infördes ett faktiskt skydd för inarbetade kännetecken, framstod det naturligt att inte vidare låta 9 § IKL vara tillämplig på varukännetecken.[30] I 2 § tredje stycket VmL stadgas därför i dag att ett kännetecken anses inarbetat, om det här i landet inom en betydande del av den krets till vilken det riktar sig, är känt som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet. En följd av 1960 års VmL är följaktligen också att inarbetningsskyddet genom den s.k. *Kodakdoktrinen* kom att omfatta även ett skydd utöver varuslagsområdet (se vidare nedan avd. 4.4.5).[31]

För att anses som inarbetat, måste kännetecknet uppfattas som beteckning för innehavarens varor. Detta innebar enligt 1958 års motiv att omsättningskretsen skulle uppfatta kännetecknet såsom ett individualiseringsmedel, varmed en bestämd – dock inte nödvändigtvis till namnet känd – näringsidkare betecknade sina varor för att skilja dem från andra varor av liknande slag.[32] För att vara inarbetat krävs det således inte att kännetecknets ursprungsangivelsefunktion (jfr härom ovan s. 77 ff.) är

---

[28] Jfr SOU 1958:10 s. 53 f. och SOU 2001:26 s. 220.

[29] Se härom Levin, Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens s. 89 ff.; Heiding s. 31 ff.

[30] Se SOU 1958:10 s. 60; prop. 1960:167 s. 37; jfr Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 129 f. och Nordell i NIR 1992 s. 498. Det bör, i anslutning till denna beskrivning av det svenska inarbetningsskyddets utveckling, påpekas att det i dag inte är någon självklarhet internationellt att ge i princip samma skydd genom inarbetning som för registrerade kännetecken inom ramen för det varukänneteckensrättsliga objektsskyddet. Vanligast synes vara att skydd för inarbetning ges genom lagstiftning mot illojal konkurrans.

[31] Jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 261.

[32] SOU 1958:10 s. 223.

uppfylld, utan endast att kännetecknet uppfattas som sådant, utmärkande visst kommersiellt ursprung, oavsett vilket.[33] Det fordras med andra ord inte att de som ingår i omsättningskretsen vet vem som är kännetecknshavaren.[34] Kännetecknet ger ju ofta inte heller någon upplysning om det. Det som krävs är endast att omsättningskretsen känner till att det ifrågavarande kännetecknet *refererar* till en viss vara.[35] Det betyder att inarbetning inte ger skydd för en ursprungsangivelse i sig, men väl för symbolfunktionen, eftersom det är en förutsättning för inarbetningsskydd att omsättningskretsen uppfattar kännetecknet som en symbol för en viss näringsidkares varor och tjänster och inte som t.ex. en allmän beteckning för varans art eller egenskaper.[36] Användningen av ett kännetecken går därmed delvis ut ifrån att hålla kännetecknet kvar i minnet hos omsättningskretsen, något som tangerar grundläggande principer inom den företagsekonomiska teoribildningen om en verksamhet, d.v.s. att det är fråga om att *bygga* varumärken (jfr ovan s. 31). *Holmqvist* har kallat det för ett *naturligt användningstvång* för icke registrerade kännetecken.[37]

> Ett exempel kan vara att omsättningskretsen efter inarbetning instinktivt förknippar en rutig säng med ordet *hästens*. Det intressanta här är att omsättningskretsen, genom inarbetning av synintryck, kan fås att associera till ett visst *ord*, och att ordet *hästens*, sedan ger associationer till en *säng* med vissa egenskaper. Varken egenskapen rutig eller säng refererar eller associerar ju normalt till ordet *häst* eller egenskaper hos hästar.

Uttrycket *inarbetning* visar sig, vid närmare eftertanke ha två innebörder. Det har traditionellt ansetts avse dels en verksamhet – att göra något känt, dels resultatet av denna verksamhet – att ha blivit känd. I t.ex. England, där inarbetningsbegreppet är okänt, kunde, enligt *Holmqvist*, verksamheten betecknas som att *establish a trade mark on the market*, med-

[33] Se Tengelin i NIR 1975 s. 373.
[34] Jfr Oversikt s. 263 f.
[35] Immaterialrätt s. 196.
[36] Op. cit. s. 184.
[37] Holmqvist i NIR 1975 s. 267.

an resultatet kunde betecknas med ordet *reputation*. Resultatet av inarbetning kunde enligt *Holmqvist* betecknas än som *goodwill*, än som *sekundärbetydelse*. Den förra gav således uttryck för *konkurrensaspekten*, medan den senare uttryckte den *semantiska* aspekten.[38] *Holmqvist* konstaterade att det knappast var riktigt att säga att en inarbetad benämning förvärvade en *betydelse*, lika litet som det kunde sägas att ett egennamn *betydde* något. Den *betydelse* som *förvärvades* var i stället betecknandet av ett individualbegrepp.[39] Detta kan förvisso, för svensk rätts del, översättas med *inarbetning* och *inarbetad*, där *inarbetning* avser en mer eller mindre målmedveten handling hos kännetecknenshavaren, medan inarbetad avser en egenskap, d.v.s. att kännetecknet genom användning har givits *mening* som i sig skapar en *referens*. Med min terminologi skulle man bättre kunna uttrycka det som att *sekundärbetydelse* avser den *referens* som skapats, medan *goodwill* avser den förvärvade *mening* som ger kännetecknet ett *egenvärde*. Det är helt klart att inarbetning ger skydd för *referens*, eftersom kännetecken efter inarbetning kan registreras. Ordets *primärreferens* ger således kännetecknets ursprungliga *mening* eftersom det är fråga om de *associationer* som omsättningskretsen får initialt till kännetecknet ifråga. Genom registrering skapas en ny *referens*. Genom inarbetning skapas också en *referens*, men därtill även en *mening*. Medan särskiljningsförmåga inte behöver avse annat än att kännetecknet har *referensegenskaper*, blir en följd av inarbetning att kännetecknet förutom *referens* även förvärvar viss *mening*, d.v.s. att omsättningskretsen vet att kännetecknet är symbol för en viss vara samt att det hos omsättningskretsen ger vissa *associationer* till varans egenskaper i vid förståelse. Det sker som en följd av att omsättningskretsen tillägnar sig varan eller kommer i kontakt med den genom marknadsföring eller eljest och därmed bildar sig en uppfattning om vad den skall användas till och hur bra den är för förutskickade ändamål, liksom om försäljningskanaler, garantiåtaganden m.m. (jfr ovan avd. 2.3 angående kännetecknets *garantifunktion*).

[38] Se op. cit. s. 255 f.
[39] Holmqvist i NIR 1975 s. 256.

Inarbetning kan således ses som en *trestegsraket* som tillskapar olika grader av bindning mellan objekt och subjekt.

- Det *första* steget är att omsättningskretsen förknippar kännetecknet med den vara som det skall symbolisera. Detta ger vid inarbetning det nödvändiga kravet på *särskiljningsförmåga* (d.v.s. *referens*).
- Det *andra* steget innebär att omsättningskretsen därtill förknippar kännetecknet med ett visst (kommersiellt) ursprung, vilket ger kännetecknet visst egenvärde – *mening*.
- Det *tredje* steget är att omsättningskretsen förknippar kännetecknet med vissa (kända och helst goda) egenskaper, vilket därtill ger kännetecknet ett *renommé* i egentlig bemärkelse, d.v.s. ett förtroende för kännetecknet som är bestående över tid (d.v.s. *mening* med visst särskilt innehåll).

4.1.2.1 Inarbetningskrav

Omfattningen av den användning som krävs för att ett kännetecken skall bli inarbetat varierar i hög grad, dels i beroende av vilket kännetecken det är fråga om, dels i beroende av vilken typ av vara det kännetecknar. *Holmqvist* har angivit vilka fakta som skall värderas i en inarbetningsbedömning: Det är fråga dels om användningens omfattning, dels om reklamens omfattning, utformning och inriktning. Därtill kommer ytterligare fakta i form av målgruppens sätt att uppfatta kännetecknet, vilket beror av dess distinktivitet, vidare av sättet på vilket kännetecknet presenteras och marknadsförs, konsumenternas märkesmedvetenhet och precisionsförmåga, sättet för köp av varan, varans förekomst i städer respektive på landsbygd, användningen av samma kännetecken genom flera näringsidkare o.s.v.[40]

Ju lättare ett kännetecken är att komma ihåg, desto lättare är det att inarbeta och *vice versa*. Avgörande för om ett kännetecken är inarbetat är därtill även hur känt märket är inom en viss personkrets, men vad som sedan egentligen skall förstås med inarbetning är inte lätt att uttrycka generellt. Ett första försök att definiera vad som krävs av ett kännetteck-

[40] Holmqvist i NIR 1975 s. 277 f.

en för att vara inarbetat gjordes i motiven till 9 § IKL. Där angavs att användningen av kännetecknet skulle ha skett *under avsevärd tid eller i förening med intensiv reklam*. Ett särpräglat kännetecken ansågs lättare kunna inarbetas på kort tid, utan att man dock närmare angav vad som menades med ett särpräglat kännetecken. Lång tids användning kunde vara otillräcklig, om bruket hade skett i endast ringa utsträckning. Inarbetning i riket betydde inte att inarbetning borde ha skett i hela landet.[41]

Frågan om *hur länge* en användning måste ha pågått för att inarbetning skall ha fullbordats, kan besvaras endast i relation till brukets intensitet och omfattning. Om bruket har ringa omfattning, behövs det troligen kontinuerligt bruk under en längre tid.[42] Att inarbetningen skall ske bland dem som kännetecknet riktar sig till, anger att omsättningskretsen kan vara olika för skilda varor. Därmed kan olika inarbetningsgrad också krävas för skilda varor.[43]

I doktrinen har konstaterats att det i och för sig inte skulle vara omöjligt att inarbeta ett varumärke endast genom användning i reklam, men att det i praktiken var sällsynt.[44] Man kan i och för sig också tänka sig att ett kännetecken kan anses inarbetat även om varan aldrig tillhandahållits här i landet. Enligt VFU kunde ett kännetecken anses inarbetat i Sverige även som följd av intensiv reklam i utlandet, vilken gör kännetecknet allmänt bekant även här i riket. Det var tänkbart som resultat av annonser i utländska, men i Sverige spridda, tidskrifter eller genom att kännetecknet nämnts i facktidskrifter eller t.o.m. i skönlitterära verk.[45] Frågan ställdes på sin spets i ett hovrättsavgörande[46] som gällde frågan om biluthyrningsverksamhet i USA under firman *Budget Rent A Car* kunde ha blivit inarbetad i Sverige.

> Domstolen konstaterade att även om en viss kännedom om kännetecknet *Budget* måste ha förelegat inom omsättningskretsen, och då särskilt reseby-

[41] Prop. 1942:257 s. 18.
[42] Holmqvist i NIR 1975 s. 267.
[43] Jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 268.
[44] Immaterialrätt s. 195.
[45] SOU 1958:10 s. 221 f.
[46] Svea hovrätts dom den 27 november 1981 (Budget).

råbranschen, var det svårt att dra någon säker slutsats om hur allmän kännedomen var då. Med hänvisning till motiven till FL, konstaterades att inarbetning av ett kännetecken här i landet, utan att verksamheten bedrivits här, kunde tänkas ske endast undantagsvis. Mot bakgrund härav fann domstolen att det inte kunde anses utrett att kännedomen om kännetecknet *Budget* varit så allmän i omsättningskretsen att inarbetning kunde anses föreligga.

Inarbetningskraven måste också ställas i relation till kännetecknets ursprungliga särskiljningsförmåga. För ett kännetecken med hög grad av deskriptivitet och som konkurrerar med andra väsentligen liknande kännetecken inom marknaden för liknande varuslag, bör kravet på inarbetning sättas högre än om kännetecknet är ett rent fantasiord. Belysande kan vara NJA 1976 s. 130 (Marinkonsult), där fråga var om ordet *Marinkonsult* hade blivit inarbetat som näringskännetecken.

HD uttalade att det av bevisningen framgick att – bortsett från adresserna på ett antal brev – firmahavarens namn och titel regelmässigt hade på ett eller annat sätt angivits i samband med ordet *Marinkonsult*. Det var upplyst att verksamheten drivits utan något fast anställt biträde och av firmahavarens uppgifter vid huvudförhandlingen framgick att verksamheten väsentligen byggde på kundernas förtroende för honom personligen. Dessutom hade det visats att ett inte obetydligt antal andra näringsidkare under en följd av år hade begagnat ordet *Marinkonsult* eller liknande ord i firma. Den förebragta bevisningen kunde därför inte anses ge tillräckligt stöd för att ordet *Marinkonsult* skulle vara inarbetat som kännetecken.

Tidigare gällde strängare inarbetningskrav. Enligt den ursprungliga bestämmelsen i 2 § tredje stycket VmL krävdes att kännetecknet var *allmänt känt* som beteckning för innehavarens varor. Med uttrycket allmänt känt förstods inte det som orden närmast tyder på, att så gott som alla måste känna till kännetecknet. Enligt motiven till VmL krävdes inte heller att en viss procentuell andel av omsättningskretsen hade vetskap om kännetecknet.[47] Däremot fordrades att en så avsevärd del av omsätt-

[47] SOU 1958:10 s. 222; jfr Tengelin i NIR 1975 s. 371 f. och SOU 2001:26 s. 220.

ningskretsen kände till det att det redan till följd därav erhållit ett påtagligt *goodwillvärde*.[48]

Inarbetningsskyddet fick sin nuvarande utformning som resultat av 1993 års revision av VmL, varvid kravet på att kännetecknet måste vara *allmänt känt* utmönstrades. I samband med revisionen anförde regeringen att den utveckling som ägt rum av varumärkenas roll inom omsättningen och inom samhället i stort, medfört bland annat att även kännetecken som inte var allmänt kända kunde ha ett betydande förmögenhetsvärde och därför förtjäna skydd, varför kravet lämpligen kunde utformas som ett krav på att kännetecknet skulle vara känt inom en betydande del av den krets till vilken det riktade sig (jfr ovan).[49] I fråga om tillämpningen av bestämmelsen kunde bedömningen av vad som skulle vara en *betydande del* inte anges generellt enligt någon speciell notoritetsskala, utan fick bero på omständigheterna i det enskilda fallet. Av betydelse för den bedömningen var bland annat om det var många personer som uppfattade märket som en beskrivande beteckning. I så fall måste naturligtvis kravet på antalet personer som uppfattade märket som ett kännetecken ställas högre. Det fick ankomma på rättstillämpningen att i det enskilda fallet avgöra hur bestämmelsen borde tillämpas.[50]

För att en inarbetning skall ha skett, krävs vad som kallas *fullbordad inarbetning*. Det framgår av det uttryckliga kravet på att kännetecknet skall ha blivit just *inarbetat*.[51] Inarbetningsgraden blir avhängig av det sätt på vilket inarbetningen sker och hur målmedvetet den genomförs. Av detta följer att begreppet *fullbordad inarbetning* är en produkt av en rad faktorer där såväl kännetecknets ursprungliga som förvärvade *meningsegenskaper* måste vägas in. Men det hindrar inte att *fullbordad inarbetning* avser en viss *egenskapsnivå*. Även om man således kan tala om större eller mindre inarbetning, är lagens inarbetningskrav en *tröskel*

---

[48] Se SOU 1958:10 s. 221 ff.; se utförligt om inarbetningskriteriet enligt tidigare rätt, Varumärken från konsumentsynpunkt s. 154 ff.

[49] Se Ds 1993:97 s. 45 f. och prop. 1994/95:59 s. 43 f.; jfr SOU 2001:26 s. 221.

[50] Prop. 1994/95:59 s. 45

[51] Jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 263.

som kännetecknet måste nå över. Den har traditionellt mätts genom antaganden om hur stor del av omsättningskretsen som känner till kännetecknet och för vilka varor det används. Trots att det aldrig varit avsett att inarbetning skulle kunna estimeras kvantitativt, genom bevisning om kännedom inom en viss procentandel av omsättningskretsen, har utvecklingen gått mot en sådan kvantifierad bedömning.

VK konstaterade att 1993 års reform syntes ha lett till att fler kännetecken än tidigare ansetts inarbetade. Liksom tidigare, togs enligt VK, vid tillämpning av bestämmelsen hänsyn till omständigheter av olika slag. Men marknadsundersökningar torde dock alltjämt ha stor praktisk betydelse för bedömningen av om ett märke skulle anses vara inarbetat. Varken i administrativ eller judiciell praxis hade emellertid närmare redovisats att någon viss procentuell andel av omsättningskretsen skulle anses vara tillräcklig för att ett kännetecken skulle anses vara inarbetat.[52]

> För att fastställa inarbetning har *Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnd* ansett att ett kännetecken vore inarbetat enligt den tidigare lydelsen av 2 § tredje stycket VmL när det varit känt inom mer än 50 procent av omsättningskretsen. Den allmänna trenden har dock varit att inarbetningskraven har sänkts, något som skedde redan före 1993 års revision.[53] Således har *Varumärkesnämnden* sedermera ansett att ett kännetecken kan vara inarbetat om det är känt av åtminstone en tredjedel av omsättningskretsen, under förutsättning att det i varumärkesrättsligt avseende har ursprunglig särskiljningsförmåga för de varor eller tjänster som det avser och om kännetecknet är beskrivande, måste det uppfattas som ett kännetecken av fler än hälften av dem som ingår omsättningskretsen.[54] I doktrinen har ansetts att redan kännedom hos 30–35 procent av omsättningskretsen är tillräcklig för att inarbetning skall föreligga.[55] Även om dessa procenttal inte uttryckligen har accepterats i rättspraxis, har de enligt doktrinen ansetts ge viss uppfattning om vilken grad av kännedom som krävs för skydd.[56]

---

[52] SOU 2001:26 s. 221.

[53] Jfr loc. cit.

[54] Se op. cit. s. 221 f. och Grundén i NIR 1995 s. 227 f.

[55] Holmqvist i NIR 1975 s. 279 f.; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 158 ff.

[56] Se Bernitz m. fl., Immaterialrätt 4 uppl. s. 133.

Frågan om förvärvad särskiljningsförmåga genom inarbetning prövades också i det s.k. *Chiemsee*-avgörandet.[57] Den tyska domstolen frågade nämligen om den i tysk rättspraxis dittills rådande uppfattningen att beskrivande beteckningar, för vilka det fanns ett behov av att utesluta ensamrätt (*Freihaltebedürfnis*), krävdes att sökanden kunde visa att de hade inarbetats i handeln (*Verkehrsdurchsetzung*) i mer än 50 procent av de berörda omsättningskretsarna, var förenlig med Varumärkesdirektivets art. 3.3 och om denna bestämmelse innebar att det ställdes krav på sättet att fastställa den särskiljningsförmåga som uppkommit till följd av bruk. EG-domstolen uttalade att bedömningen av om ett kännetecken hade förvärvat hög särskiljningsförmåga skulle göras genom en helhetsbedömning.

> EG-domstolen erinrade om att det i art. 3.3 i direktivet föreskrevs att ett tecken, till följd av det bruk som gjorts av det, kunde förvärva särskiljningsförmåga och således kunde registreras som varumärke (p. 44). I prövningen av om ett märke genom användning skulle anses ha förvärvat erforderlig särskiljningsförmåga, skulle göras en helhetsbedömning av de omständigheter som kunde visa att varumärket fungerade som ett individualiseringsmedel för de varor som det avsåg (p. 49). Bestämmelsen utgjorde således en betydande lindring av regeln i art. 3.1 b–d. Enligt domstolen kunde, vid bedömningen av om kännetecknet förvärvat särskiljningsförmåga, hänsyn tas även till den marknadsandel som varumärket innehade, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område som detta varumärke hade brukats, hur stora investeringar som gjorts för att saluföra det, den andel av omsättningskretsen som tack vare varumärket kunde ange att varan kom från ett visst företag samt yttranden från handelskammare och andra yrkessammanslutningar (p. 51). Om registreringsmyndigheten, på grundval av dessa uppgifter, ansåg att omsättningskretsen eller åtminstone en betydande andel av den, tack vare varumärket kunde ange att varan kom från ett visst företag, skulle den under alla omständigheter fastställa att kravet i art. 3.3 i direktivet för registrering av varumärket var uppfyllt. Om det däremot var fråga om omständigheter under vilka ett sådant villkor kunde anses vara uppfyllt, kunde de inte fastställas enbart på grundval av allmänna och ab-

[57] De förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee).

> strakta uppgifter såsom bestämda procentsatser (p. 52).[58] Domstolen uttalade vidare att direktivet skulle tolkas på så sätt att om varumärket hade förvärvat särskiljningsförmåga till följd av det bruk som hade gjorts av det, betydde det att varumärket lämpade sig som identifikationsmedel för att den vara som var föremål för registreringsansökan kom från ett visst företag och således att den kunde särskiljas från varor från andra företag (p. 54). Särskild hänsyn skulle enligt p. 50 därvid tas till om det geografiska namnet var speciellt i något hänseende. Om det var mycket välkänt, kunde det anses ha förvärvat särskiljningsförmåga endast i det hänseende som avses i art. 3.3 i direktivet, om det företag som ville registrera varumärket hade brukat det intensivt och under en lång tid. Om det var fråga om ett namn som redan var känt som geografisk ursprungsbeteckning för en viss kategori varor, fanns det ännu större anledning för det företag som ville registrera det för en vara i samma kategori att visa att det var välkänt och att det hade brukat varumärket intensivt och under lång tid.[59]

EG-domstolen pekade således på konkurrensen mellan den *mening* som å ena sidan kan finnas i ett kännetecken på grund av att det *refererar* till ett geografiskt ord i sig, d.v.s. i själva ordet, och den *mening* som varor av visst slag kan ha förvärvat som geografiska ursprungsbeteckningar (jfr nedan avd. 4.3.5.1). Det kan därtill konstateras att EG-domstolens motiv rent generellt svarar relativt väl mot de bedömningskriterier som antagits gälla för inarbetning enligt svensk rätt.

4.1.2.2 Inarbetning som krav för registrering

Så gott som alla tecken som saknar särskiljningsförmåga kan få sådan efter inarbetning. Undantag gäller i princip endast för rent generiska beteckningar liksom för kännetecken som består endast av en bokstav eller siffra liksom, utanför ordkänneteckensområdet, det som brukar anses hänförligt till det s.k. *allmänna formförrådet*.[60] Enligt *Kobbernagel* var regeln logisk. Om ett märke verkligen var så känt, att det för köparen

[58] Jfr mål C-342/97 den 22 juni 1999 (Lloyd) p. 24.
[59] Se om avgörandet i SOU 2001:26 s. 214 ff.
[60] Se Kobbernagel II; Oversikt s. 31; jfr Grundén i NIR 1995 s. 234.

stod som ett namn för varan, hade det faktiskt distinktivitetsegenskap, även om det i sig inte ägnade sig som differentieringsmedel. Det var därför en strid om ord, om man sade att märket genom inarbetningen hade förvärvat tillräcklig *särskiljningsförmåga*.[61]

Att bristande särskiljningsförmåga kan botas genom inarbetning framgår också av sista meningen i 13 § första stycket VmL. Där stadgas uttryckligen att vid bedömningen av om ett märke har särskiljningsförmåga, hänsyn skall tas till alla omständigheter och särskilt till den omfattning och den tid som märket varit i bruk. Bestämmelsen motsvaras av Varumärkesdirektivets art. 3.3:

> Ett varumärke skall inte vägras registrering eller ogiltigförklaras med stöd av punkt 1 b, c eller d, om det före tidpunkten för registreringsansökan och som en följd av det bruk som har gjorts av det, har förvärvat särskiljningsförmåga. En medlemsstat kan dessutom besluta att denna bestämmelse skall gälla även när särskiljningsförmågan har förvärvats efter tidpunkten för registreringsansökan eller tidpunkten för registreringen.[62]

Bestämmelsen ger inte någon närmare redovisning av vad som i övrigt fordras för att bota bristerna i ett märkes särskiljningsförmåga.[63] När bestämmelsen togs in i VmL, var det i första hand möjligheten att ta hänsyn till användningen av *beskrivande varumärken* vid bedömning av deras särskiljningsförmåga som ansågs vara av betydelse. Enligt VFU skulle bestämmelsen öppna för en möjlighet att i speciella fall bortse från primära brister i ett märkes särskiljningsförmåga. Vidare anförde man att ett beskrivande märke genom användning kunde få sekundärbetydelse med verkan att det i första rummet uppfattades såsom ett särskilt kännetecken medan dess beskrivande innebörd trädde i bakgrunden.[64]

---

[61] Kobbernagel II s. 99. Det exempel som gavs av Kobbernagel, var *Aalborgs Akvavit*, vilket ju liknar det svenska exemplet om *Karlssons Klister*, men väl ändå inte mäter sig med *Absolut Vodka*.

[62] Jfr varumärkesdirektivets art. 7.3.

[63] Jfr SOU 2001:26 s. 211.

[64] SOU 1958:10 s. 103 f. och prop. 1960:167 s. 100 f.; jfr SOU 2001:26 s. 211.

Det är uppenbart att inarbetningskraven vid registrering är av annat slag än i en intrångssituation. Vid registrering kan det ju vara fråga för registreringsmyndigheten att ta ställning endast till om tecknet uppfyller kraven på särskiljningsförmåga – ursprunglig eller förvärvad. Eftersom en svag ursprunglig särskiljningsförmåga kan botas genom förvärvad sådan[65] och eftersom den förvärvas genom inarbetning, blir ju inarbetningskravet vid registrering en effekt också av graden av ursprunglig särskiljningsförmåga. VFU fastslog inte heller något visst mått av användning som måste ha ägt rum för att bristande särskiljningsförmåga skulle anses botad och någon ovillkorlig fordran uppställdes inte på att användningen i varje särskilt fall skulle ha medfört fullbordad inarbetning. Hänsyn borde tas till märken med alla olika grader av bristande särskiljningsförmåga, alltifrån rent generiska ord, vilka endast i speciella undantagsfall kunde få sekundärbetydelse, över mer eller mindre klart deskriptiva märken till märken som stod på gränsen mellan det deskriptiva och det starkt suggestiva. I gränsfallen kunde användningen och övriga omständigheter vara avgörande för registrerbarheten, men i dessa fall kunde även mindre omfattande bruk än sådant som lett till inarbetning vara tillräckligt för att överföra märket till de registrerbaras krets.[66] Detsamma gäller för firma. I motiven till FL påpekades att det måste krävas stark bevisning för att ett ord som var allmänt brukat och hade deskriptiv karaktär skulle kunna anses ha blivit så utmärkande för firmahavarens verksamhet att det hade fått sekundärbetydelse. I sådana fall torde inarbetning krävas.[67] Om en firma som består av ord med förhållandevis svag ursprunglig särskiljningsförmåga har utnyttjats under längre tid eller i större omfattning, kan det antas att firman har tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna fungera som näringskännetecken. I den juridiska litteraturen har det också konstaterats att det inte betyder att användningen måste ha skett i sådan omfattning att firman är att anse som inarbetad.[68] I fråga om inarbetning vid registrering är det därför

[65] Jfr SOU 1958:10 s. 219.
[66] Op. cit. s. 103.
[67] Prop. 1974:4 s. 211.
[68] Essén, Firmarätt, 3 uppl. (cit. Essén) s. 71.

knappast ändamålsenligt att tala om *fullbordad inarbetning*, utan i stället närmast om *tillräcklig inarbetning*,[69] en huvudprincip som också framgår av registreringspraxis.[70]

VK konstaterade att bestämmelsen i 13 § första stycket VmL syntes ha tillämpats i huvudsak i enlighet med de uttalanden som anförts av VFU (jfr strax ovan). När det varit fråga om i hög grad beskrivande märken, hade man i administrativ praxis således krävt att märket varit inarbetat för att det skulle anses ha förvärvat erforderlig särskiljningsförmåga.[71] När det däremot varit fråga om märken som stått på gränsen mellan det starkt suggestiva och det deskriptiva, hade det enligt VK varit tillräckligt att märket använts i viss omfattning och under viss tid och därigenom visat sig fungera som ett kännetecken.[72] Vidare hade generiska och vissa starkt beskrivande ord ansetts vara föremål för ett absolut frihållningsbehov och därför vägrats registrering, trots att de använts i mycket stor omfattning och trots att de i praktiken fungerat som kännetecken.[73] Ett exempel från registreringspraxis kan vara att ordet *Kexchoklad* av PBR, trots långvarig och målmedveten inarbetning, inte uppfattats som kännetecken.[74]

Den semantiska skillnaden mellan fullbordad inarbetning och tillräcklig inarbetning är således att medan den förra ger tecknet en ny *referens*, innebär den senare endast att kännetecknet tillfogas en sådan grad av *meningsegenskaper* att det förvärvar symbolfunktion, d.v.s. att det över huvud taget kan tjäna som kännetecken.

---

[69] Jfr Holmqvist i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s. 290.

[70] Som exempel på ett ursprungligen deskriptivt kännetecken som kunnat registreras efter visad inarbetning kan nämnas *WordPerfect* för ett ordbehandlingsprogram (RÅ 1987 not. 505).

[71] VK hänvisade här till PBR mål 97-271 (Svenska lantägg), PBR mål 98-236 (Hästens) och PBR mål 99-028 (Kexchokad).

[72] VK hänvisade här till PBR mål 93-135 (Säkra), PBR mål 94-466 (A way of living), PBR mål 94-688 (Herba medica) och PBR mål 97-385 (Taxikurir).

[73] SOU 2001:26 s. 212. VK angav här som exempel PBR mål 95-237 (Oddset).

[74] PBR mål 99-028 (Kexchokad).

4.1.2.3 ”Omedveten” inarbetning

I ett vanligt språk får många ord successivt nya eller ”felaktiga” *referenser.* De felaktiga *referenserna* får allt större spridning, så att de till slut blir erkända som korrekta och alternativa *referenser.* En sådan utveckling sker givetvis kontinuerligt,[75] men det förekommer att en språklig nyhet kan få officiell giltighet, t.ex. genom att upptas i en ordbok.[76] Ett exempel kan vara ordet *övermaga*, vars ursprungsbetydelse närmast är *omyndig*, men som i dag allmänt ansetts betyda *övermodig*. En från den vanliga *bokstavliga referensen* avvikande *betydelse* uppstår ofta genom att ett uttryck börjar användas i en *överförd bemärkelse.* Vad gäller kännetecken är det vanligt att omsättningskretsen med tiden börjar ange en vara med ett annat namn, t.ex. att *Coca-Cola* börjar kallas för *COKE*, att *Restaurang Löwenbräu* kommit att kallas *Löwet* eller att nöjesetablissementet *Grand National* kom att kallas för *Nalen*.[77] Om det nya namnet inarbetas, kommer det automatiskt att omfattas av det kännetecknsrättsliga skyddet. Ofta torde det inte spela någon nämnvärd roll om det är kännetecknshavaren eller omsättningskretsen själv som skapar en sådan ny *referens*. Om omsättningskretsen så att säga ger varan ett smeknamn, tyder det vanligen på en särskild uppskattning av varan och skapar därmed också en särskild samhörighet inom omsättningskretsen, vilket bör vara ett incitament för kännetecknshavaren att vinnlägga sig om ett skydd också för ett på detta vis genererat kännetecken. Vanligen vill väl kännetecknshavaren emellertid själv bestämma hur hans kännetecken skall användas och utnyttjas. Om omsättningskretsen således skulle börja använda en på visst sätt *pejorativ* benämning på varan, t.ex. om *Berns Salonger*, inte bara inom snäva kretsar, utan även allmänt, skulle börja kallas för *Bernts Kalsonger*, är det uppenbart att det kan vara till förfång för kännetecknshavaren. Exemplet visar på hur en sådan omedveten eller okontrollerad inarbetning kan ge kännetecknet helt ny och av kännetecknshavaren oavsedd *mening*. En självklar målsätt-

[75] Jfr Oversikt s. 42.
[76] Jfr Regnéll s. 74.
[77] Jfr Åndsretten s. 386.

ning för kännetecknenshavaren i en effektiv varumärkesstrategi är därför att i största möjliga mån styra omsättningskretsens bruk av kännetecknet eller de kännetecken som används för hans varor. Om kännetecknenshavaren förlorar kontrollen över kännetecknets användning, ökar risken inte bara för urvattning, utan ytterst för degeneration. Det kan ju lika lätt förekomma att omsättningskretsen börjar använda kännetecknet som en allmän angivelse av varan.

4.2 Omsättningskretsen

Ordet *omsättningskrets* motsvarar vad som i 2 § tredje stycket VmL anges som *den krets till vilken kännetecknet riktar sig*. Med *omsättningskrets* förstås således kretsen av personer som dels normalt kan tänkas köpa den ifrågavarande varutypen – *förbrukarna* eller *konsumenterna* – dels de personer som är verksamma inom en bransch som eljest handlar med varan, till vilken kan höra såväl tillverkare som personer i distributionskedjan – importörer, grossister, agenter, detaljister m.fl. Omsättningskretsens sammansättning kan variera i beroende av det varuslag som kännetecknet avser,[78] liksom i beroende av skilda typer av distributions- och försäljningskanaler. Är varan t.ex. ett livsmedel, kan omsättningskretsens konsumentled bestå av så gott som hela befolkningen. I praktiken är det i många fall relativt svårt att fastställa vilka som ingår i omsättningskretsen.[79] De kan dock vanligen indelas i två huvudgrupper. Den ena gruppen består av dem som normalt kan tänkas köpa den ifrågavarande produkttypen. Den andra utgörs av de personer som är verksamma inom den bransch som eljest handlar med den.[80] Eftersom till omsättningskretsen hör alla som normalt kan tänkas köpa varan ifråga, omfattar den även personer som inte är *de facto*-förbrukare,

[78] Se Tengelin i NIR 1975 s. 372.

[79] Se härom särskilt Ugglas uttalande i fråga om förväxlingsbedömning i NIR 1975 s. 387 (varom mera nedan s. 264).

[80] Se SOU 1958:10 s. 222; jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 156; jfr Oversikt s. 196. Se om motsvarande avgränsning inom firmarätten NJA 1991 s. 209 (Måleriproduktion).

till vilka kan höra t.ex. sådana som står i begrepp att köpa varan.[81] Det betyder emellertid inte att alla som teoretiskt sett kan tänkas köpa varan ingår i omsättningskretsen. Det kan tvärtom utåt framstå som endast någorlunda sannolikt att ett inköp kan komma att ske inom viss tidsrymd. Denna tidsrymd måste variera med hänsyn till arten av vara.[82]

I motiven till VmL uttalade VFU att omsättningskretsen vanligen bestod av såväl de slutliga förbrukarna av varan i fråga som av dem, vilka i något skede tog befattningen med varor av det aktuella slaget, generalagenter, importörer, grossister, detaljhandlare, expediter o.s.v. Omsättningskretsen bestod med andra ord i allmänhet av konsumenterna samt av de olika företrädarna för den bransch till vars sortiment varan hörde. Med konsumenter avsågs den del av allmänheten som normalt kunde beräknas tillhandla sig varan i fråga samt, där varan inte som sådan nådde den stora allmänheten, de företag där den bearbetades, förädlades, begagnades eller förbrukades, såsom var fallet med åtskilliga råmaterial, kemikalier, maskiner och apparater samt delar och tillbehör till sådana o.s.v. Att kännetecknet var känt inom alla de ovannämnda distributionsleden kunde alltså inte alltid fordras. För vissa särskilt dyrbara eller högt specialiserade varor, såsom t.ex. vissa optiska linser, specialverktyg, och liknande, kunde omsättningskretsen bestå av ett helt litet antal personer eller företag, medan den i fråga om vardagens förbrukningsvaror, livsmedel, toalettpapper o.d. kunde omfatta större delen av allmänheten. I detta avseende anknöt förslaget till den tolkning av inarbetningsbegreppet som redan utvecklats i praxis.[83] Här bör också göras en distinktion mellan det vidare begreppet *förbrukare*, varmed avses samtliga personer i slutanvändarledet och *konsumenter* som avser närmast den kategori av förbrukare som anses utgöra konsumenter inom den civilrättsliga och marknadsrättsliga konsumenträttslagstiftningen.[84] Det blir då vid närmare betraktelse ganska uppenbart att uppfattningen om

[81] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 156 f. och Holmqvist i NIR 1975 s. 268.
[82] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 158.
[83] SOU 1958:10 s. 222.
[84] Jfr Herre i Festskrift till Gunnar Karnell s. 285 ff.

ett kännetecken, av olika skäl, kan skilja sig mellan de olika kretsarna i distributionskedjan.[85]

> WIPOs generalförsamling och Parisunionens församling har utarbetat en särskild resolution angående skydd för välkända kännetecken (WIPO-resolutionen (jfr härom vidare nedan s. 300)[86] som innehåller bestämmelser, vilka syftar till att komplettera det skydd som PK och TRIPS-avtalet ger. I dess art. 2.2 anges vad som kan utgöra en *relevant sektor* av en omsättningskrets inom vilken ett kännetecken skall anses vara *välkänt*. En sådan kan enligt art. 2.2 a bestå av bland annat dem som kan komma att utgöra slutförbrukare av sådana varor eller tjänster, dem som i något led av distributionen tar befattning med sådana varor eller tjänster eller affärskretsar som tar befattning med sådana varor eller tjänster. Ett kännetecken skall enligt art. 2.2 b anses vara välkänt åtminstone i en av dessa sektorer.

Omsättningskretsen har betydelse inte bara vid bestämning av ett kännetecknens särskiljningsförmåga, utan även i fråga om förväxlingsbarhet. Traditionellt har i Norden nämligen antagits att förväxlingsbedömningen skall göras med hänsyn till hur kännetecknen antas uppfattas av en genomsnittskonsument.[87] Denna uppfattning överensstämmer emellertid inte helt med de principer för förväxlingsbedömning som slagits fast i Europarättslig praxis. Av Varumärkesdirektivet 5.1 b framgår visserligen att hänsyn skall tas till risken för förväxling hos allmänheten, vilken ju skulle kunna uppfattas som detsamma som omsättningskretsen i traditionell förståelse. Med hänvisning till *Sabel*-avgörandet uttalade EG-domstolen emellertid i *Lloyd*-avgörandet att det av ordalydelsen av art. 5.1 b i direktivet framgick att det intryck som varumärket gjorde hos *genomsnittskonsumenten* av den kategori av vara som var i fråga hade avgörande betydelse vid helhetsbedömningen av risken för förväxling. Genomsnittskonsumenten uppfattade vanligtvis ett varumärke som en helhet och ägnade sig inte åt att undersöka dess olika detaljer (p. 25). I samband med denna helhetsbedömning förväntades den

[85] Jfr Uggla i NIR 1975 s. 387 och Oversikt s. 264.
[86] Joint Resolution Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks.
[87] Se Immaterialretspositioner s. 177.

berörda produktkategorins genomsnittskonsument *vara normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst*.[88] Hänsyn skulle dock tas även till faktum att genomsnittskonsumenten sällan hade möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena, utan måste förlita sig till en *oklar bild* som han hade i minnet. Det borde även beaktas att genomsnittskonsumentens uppmärksamhet kunde variera i beroende av vilken kategori av varor som det var fråga om (p. 26).

När det gäller förväxling skiljer sig bedömningen på ett mer markant sätt från bedömningen vid särskiljningsförmåga genom att bedömningen av omsättningskretsens uppfattning, på grund av att den s.k. produktregeln (jfr nedan s. 266) skapar ett tekniskt förväxlingsbegrepp bestående av flera komponenter. Här blir bedömningen också mer fokuserad på en faktisk och existerande omsättningskrets i förhållande till kännetecknens reella funktion inom marknaden. *Stuevold Lassen* konstaterade att

> ”man i svært mange tilfelle må bygge på det man antar vil være den alminnelige, ureflekterte forbrukerbetraktning, med utgangspunkt i en begrenset grad av oppmerksomhet overfor varemerkene og nokså diffuse forestillinger om hva som vanligtivs lages i samme fabrikker etc. Til en viss grad dreier det hele seg egentlig om gjetninger om kundepsykologi. Og variasjonsbredden er stor… Her skall bare minnes om at man alt etter varens art og omsetningskretsens sammensetning, kan få en skala som går fra noe nær den totale mangel på oppmerksomet (forbrukerkjøp av knappenåler) til den omhyggelige granskning (konsertpianistens flygelkjøp)”.[89]

Det gör att den rättsliga förväxlingsbedömningen inte kan mätas genom faktiska förväxlingsstudier. En undersökning som visar på faktisk förväxling blir därmed mer ett indicium än ett bevis.[90] Det som således kan mätas är omsättningskretsens mer eller mindre *intersubjektiva* uppfattning om *mening* hos två kännetecken, men sedan måste den vägas mot förväxlingslärans övriga komponenter. Motsvarande resonemang torde

---

[88] Domstolen hänvisade här till p. 31 i Mål C-210/96 (Gut Springenheide och Tusky).

[89] Oversikt s. 265.

[90] Jfr Synnerstad, Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden (cit. Synnerstad) s. 47 f.

kunna anläggas i fråga om vilseledande. Det avgörande är ju om kännetecknet är *ägnat att vilseleda*, inte om vilseledande *de facto* har skett.[91]

Genom att komma i kontakt med varan, dess marknadsföring, egenskaper, pris, försäljningskanaler m.m., får omsättningskretsen en egen uppfattning om egenskaper hos varan. Det blir då fråga om en *secondary meaning*, vilken således innehåller såväl *mening* som *referens*. Det är *referens* till den del som omsättningskretsen tänker på en viss vara, när den hör eller ser dess kännetecken. Det är *mening* i vad avser uppfattningen om egenskaper m.m. hos varan. Ett antagande här kan vara att i vart fall kännetecknets *mening* tenderar att bli olika för t.ex. konsumenter och distributörer.

4.3 Särskiljningsförmåga

För att ett kännetecken över huvud taget skall kunna åtnjuta skydd, krävs att det har s.k. *särskiljningsförmåga* eller *distinktivitet*.[92] Härmed avses att det kan särskilja varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet från vad som eljest inte kan verka särskiljande som kännetecken. Enligt *Kohler* var kravet på särskiljningsförmåga inte bara en förutsättning för skydd, utan själva föremålet för skyddet.[93] Skydd kan t.ex. inte ges åt en *generisk beteckning*, d.v.s. en allmän beteckning för varuslaget ifråga. Anledningen härtill är i grunden att sådana uttryck inte har *symbolfunktion* (jfr ovan s. 72 ff.), eller med andra ord: kännetecknets *referens* sammanfaller med *referensen* för namnet på själva varan. Kännetecknet får heller inte vara *deskriptivt*, d.v.s. att det anger egenskaper hos varan eller vad den skall användas till. Att skydd inte skall kunna åtnjutas för dessa känneteckenstyper har i praktiken en konkurrensrelaterad grund.

---

[91] Op. cit. s. 48.

[92] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 74; Oversikt s. 26; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 163.

[93] Kohler, Das recht des Markenschutzes s. 271; jfr Varumärkeskonflikter s. 178.

Kravet på särskiljningsförmåga följer uttryckligen av art. 15 i TRIPS-avtalet, där det anges att varje tecken eller kombination av tecken som kan *särskilja* varor eller tjänster som tillhandahålls i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls i en annan, skall kunna utgöra varumärke. Kravet på särskiljningsförmåga bestäms negativt i 13 § första stycket VmL. Där anges att ett märke som uteslutande eller med endast mindre ändring eller tillägg anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller geografiska ursprung eller tiden för dess framställande, inte i och för sig skall anses ha särskiljningsförmåga. Bestämmelsen motsvaras av Varumärkesdirektivets art. 3.1 c, enligt vilken varumärken som endast består av tecken eller upplysningar, vilka i handeln visar varornas eller tjänsternas art, kvalitet, kvantitet, avsedda användning, värde, geografiska ursprung, tiden för deras framställande eller andra egenskaper hos varorna eller tjänsterna, inte kan registreras. Motsvarande bestämmelse finns i Varumärkesförordningens art. 7. Enligt Varumärkesdirektivets art. 3.1 d får inte heller registreras varumärken som endast består av tecken eller upplysningar, vilka i det dagliga språkbruket eller enligt branschens vedertagna handelsbruk kommit att bli en sedvanlig beteckning för varan eller tjänsten. Bestämmelsen i 13 § första stycket VmL skall inte uppfattas som en uttömmande uppräkning av företeelser som saknar särskiljningsförmåga.[94] Den är endast en *presumtion* som kan motbevisas. Detta görs bäst genom att visa att märket genom användning har erhållit särskiljningsförmåga (se härom ovan avd. 4.1.2.2).[95]

Trots att kravet på särskiljningsförmåga i kännetecknsrätten är konstruerat som ett statiskt begrepp, är det viktigt att hålla i minnet att det i praktiken bygger på en rad reella omständigheter och faktorer.[96] Kännetecken med så att säga större distinktivitet kan naturligtvis också få ett större skyddsomfång i sin faktiska marknadsfunktion, d.v.s. större *kännetecknskraft* (jfr ovan s. 150 f.). Ju originellare och ju starkare inarbetat tecknet är, desto starkare blir det som kännetecken.[97]

---

[94] Se Oversikt s. 47.
[95] Immaterialrätt s. 199.
[96] Jfr Åndsretten s. 421.
[97] Op. cit. s. 430.

För ordkännetecken blir begreppets innehåll i realiteten huvudsakligen avhängigt av ordets rent språkliga betydelseinnehåll i det levande dagliga språket och av hur orden är i bruk i dessa.[98] *Stuevold Lassen* konstaterade att språken var ”levende også i den forstand at de er i stadig utvikling, de tar opp ny ord, de lar gamle falle, og de lar ikke bare ordenes valører, men også selve betydningsinnholdet, endre seg. Slike endringer kan skje over lang tid, men det skal ikke alltid så svært mange år til for å gi rom for en språkutvikling som endrer et ords forhold til varemerkelovens § 13 første ledd.”[99]

Enligt *Holmqvist* angav kravet på särskiljningsförmåga att ett ordmärke hade egennamnskaraktär i den speciella betydelsen att det var ägnat att benämna, eller faktiskt benämnde, en vara i dennas egenskap av produkt från en viss näringsidkares rörelse. Egennamnskaraktären var därvid resultatet av den betydelserelation som omedelbart uppstod mellan ordmärket och varuslagsbeteckningen, när det förra gjordes till namn på varan och dennas kommersiella ursprung hos rättighetshavaren.[100]

Kravet på särskiljningsförmåga har i motiv och doktrin ansetts vara grundat på två förutsättningar, vilka på visst sätt går i varandra.[101] *För det första* följer särskiljningsförmågan av det fundamentala kravet på att kännetecken skall ha *symbolegenskap* för att över huvud taget kunna utgöra ett kännetecken (jfr ovan avd. 2.1 om kännetecknets symbolegenskap). Härav följer bland annat att rent beskrivande eller generiska ord inte i och för sig fullgör ett varukänneteckens uppgift att individualisera en viss näringsidkares varor. Kännetecknsrättens krav på *särskiljningsförmåga* skall inte bara tillförsäkra kännetecknets *särskiljningsfunktion* utan också att kännetecknet fungerar som en *symbol*. Kravet på särskiljningsförmåga innebär att kännetecknet måste ha antingen inneboende eller förvärvade särdrag. Om alla varor marknadsfördes under samma *symbol*, hade det naturligtvis aldrig funnits något kännetecknens-

[98] Se Oversikt s. 42.
[99] Loc. cit.
[100] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 78.
[101] Op. cit. s. 74; Holmqvist i NIR 1992 s. 8 ff.

rättsligt system. Kravet på särskiljningsförmåga är därför något som ligger i kännetecknsrättens *natur*.

För det andra måste kravet på särskiljningsförmåga ses mot det konkurrensrelaterade kravet på frihållning, d.v.s. att sådana allmänna varubeteckningar eller eljest icke särskiljande företeelser som andra näringsidkare behöver ha tillgång till, inte bör omfattas av ensamrätten.[102] Det har således ansetts inte vara riktigt att en sådan beteckning förbehålls en enskild näringsidkare med verkan att övriga företagare i branschen inte får begagna beteckningen i reklam och försäljning.[103] Enligt *Holmqvist* föreföll det av motiven till 1884 års VmL, där kravet på undantag för ordmärken som endast innehöll uppgifter om sätt, tid och ort för varans framställning, om varans ändamål eller om dess pris-, mängd- eller viktförhållande, snarare ha varit krav på frihållning än på själva symbolegenskapen som legat bakom begränsningen. Härtill kan adderas *en tredje förutsättning*, nämligen att omsättningskretsens behov av att kunna skilja de olika produkterna åt måste beaktas,[104] d.v.s. skyddets negativa sida (jfr ovan s. 74 och vidare nedan s. 248), vilket också följer av lagens i 1 § andra stycket VmL uttryckta särskiljningskrav.[105]

Det har också ansetts att kännetecken kan vara så allmänt deskriptiva att de alls inte skulle kunna registreras. I äldre doktrin har anförts som exempel orden *prima* och *extra*.[106] Ett praktisk exempel som givits i tysk litteratur är *Kaliber*, vilket anger det som skall mätas. Det säger inget om vilket måttet är. Det lämnas till förbrukarna att avgöra och varje förbrukare har alltså möjlighet att ge varan sin egen *kaliber*. Kännetecknshavaren kan därför välja sin *kaliber* och har därtill möjlighet att ändra den genom medveten marknadsföring, såväl som genom annan inarbetning. Här kan talas om en *skenbar* flertydighet, varmed avses ord som i så hög grad är förknippade med lovprisande av varor att de inte

[102] Se om frihållningsbehovet Holmqvist, Immaterialrätten i teori och praktik s. 10; dens. i NIR 1992 s. ff.; Varumärkens särskiljningsförmåga s. 114 ff.

[103] SOU 1958:10 s. 269; Koktvedgaard/Levin s. 280; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 74; jfr angående firma SOU 1967:35 s. 205 och Essén s. 70.

[104] Werkman, s. 4 och 6.

[105] Jfr Oversikt s. 27.

[106] Åndsretten s. 423; Uggla i NIR 1955 s. 26; se även Schlüter i MA 1967 s. 159 ff.

längre tjänar som kännetecken i egentlig bemärkelse. Hit kan räknas orden *fantastisk*, *otrolig*, *förtrollande* m.m. (jfr ovan s. 119 om ord med universell denotation).[107] Hit hör också kännetecken som mer allmänt anger en kvalitet. Ett exempel från den tyska litteraturen är *Lux*. Det kunde dels avse att själva produkten var luxuös, dels att den som använde varan var lyxig eller att han hade anledning att känna sig så efter att ha varit i kontakt med den. Det kunde också anspela på ljus eller något som var upplyst.[108] Med kännetecknensrättslig terminologi kunde dessa ord snarast anses *degenererade* i vad avser sin positiva kraft som kännetecken i sig. Möjligheten i dag att utan visad inarbetning få ett sådant kännetecken registrerat synes också vara liten.[109] Här kan som exempel nämnas att tecknet *Universal* för musikförlagsverksamhet av den europeiska förstainstansrätten har ansett sakna särskiljningsförmåga.[110] I norsk administrativ praxis har *Høj standard* och *Extra* vägrats registrering.

> Enligt Patentstyrets 2. Avdeling var orden *Høj standard* vanligen använda för att ange att något var av god kvalitet och måste därför frihållas. Ett figurmärke med orden *Høj standard* som dominerande element kunde därför inte registreres utan *disclaimer* för dessa ord.[111] Även ordmärket *Extra!* nekades registrering. Ordet *extra* var en allmänt använd kvalitetsbenämning som det förelåg ett frihållningsbehov för. För att ett rent egenskapsangivande ord skulle kunna uppnå registrerbarhet genom inarbetning, måste det ha uppnått en ”sekundærbetydning”.[112]

Enligt min uppfattning kan emellertid förbudet mot registrering av sådana ord klart ifrågasättas. Varför skall man inte kunna registrera dem för vissa varor, inte minst efter inarbetning? Det bästa exemplet härför torde vara kännetecknet *Absolut* som ju måste uppfattas som ett sådant allmänt sett beskrivande kännetecken. En generösare syn på möjlighe-

---

[107] Se Schlüter i MA 1967 s. 160.
[108] Jfr loc. cit.
[109] Se härom vidare Varumärkens särskiljningsförmåga s. 125 f.
[110] Mål T-357/99 (Universal).
[111] Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 15. september 1998 i sak nr. 6779 (Høj standard).
[112] Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 21. oktober 1998 i sak nr. 6822 (Extra!).

ten att registrera kännetecken av detta slag är kanske också i sikte. Belysande kan vara ett avgörande av den Norska Høyesterett angående registrerbarheten av orden *God morgon* för juice.[113] Den förstevoterande uttalade:

> ”Uttrykket er ikke preget av noen originalitet eller av noen syntaktiske eller semantiske særtrekk. Dette er som nevnt ikke nødvendige vilkår, men mangel på slike særtrekk svekker utvilsomt dets distinktive evne. Merket beskriver ikke egenskaper ved produktet og skjærer derfor klar av vilkåret i varemerkeloven § 13 første ledd annet punktum. Men det henspiller på en situasjon, et tidspunkt på døgnet, da det er naturlig å anvende produktet, og også dette svekker dets særpreg – men vel i mindre grad enn flere av de uttrykk som Førsteinstansdomstolen i EF har underkjent blant annet ut fra slike betraktninger. På den annen side må det kunne sies at uttrykket er ganske slående både visuelt og fonetisk, og det spiller på de positive assosiasjoner som en vennlig morgenhilsen vanligvis gir. Det kan heller ikke være uten betydning at dette og lignende merker har vært godkjent registrert i våre naboland og også i andre land. Jeg er på denne bakgrunn, og som nevnt under tvil, kommet til at merket GOD MORGON for appelsinjuice oppfyller kravet til særpreg etter varemerkeloven § 13 første ledd første punktum.”

Redan här bör aviseras att särskiljningsförmåga och intrångsförutsättningar hör samman. De har under lång tid kunnat hållas isär genom uppdelningen mellan en känneteckensrätt i egentlig bemärkelse och en känneteckensrätt i vidare bemärkelse, inbegripet marknadsrättens skydd mot illojal konkurrens (se vidare kap. 6 nedan). Genom den europeiska harmoniseringen av kännetecknsrätten försvagas distinktionen. EG-domstolen har tydligt uttalat att särskiljningsförmåga måste relateras till graden av förväxlingsbarhet. Domstolen uttalade i det s.k. *Lloyd*-avgörandet[114] att för att fastställa ett varumärkes särskiljningsförmåga, och följaktligen för att bedöma om det hade förvärvat hög särskiljningsförmåga, en helhetsbedömning skulle företas om varumärkets lämplighet

[113] Rt. 2002 s. 391 (God morgon). Se härtill Stenvik i NIR 2002 s. 323 ff.

[114] Mål C-342/97 (Lloyd). Domstolen hänvisade här till förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee) p. 49.

som identifikationsmedel för att fastställa att de varor och tjänster med avseende på vilka det hade registrerats kom från ett visst företag och således för att särskilja dessa varor och tjänster från andra företags varor och tjänster.[115]

4.3.1 Firma

Till det centrala kännetecknsrättsliga området hör även den i FL reglerade firmarätten. Enligt 1 § första stycket FL är firma den benämning under vilken näringsidkare driver sin verksamhet. Annat kännetecken som näringsidkare jämte firma använder för sin verksamhet benämns sekundärt kännetecken (1 § andra stycket FL). Om del av verksamheten drivs under särskild benämning, utgör den *bifirma*. Ett exempel på sådan bifirma, vilket angivits i doktrinen, är ett företag som driver biografverksamhet under skilda firmor i skilda biografer. Ett företag har även möjlighet att, tillika med sin firma, registrera *parallellfirma*,[116] något som blivit allt mer sällsynt, eftersom företag i ökad utsträckning antingen väljer en firma som kan fungera i alla de länder där verksamheten bedrivs, eller att etablera sig och marknadsföra sig på andra sätt utomlands. Härvid är att märka att såväl bifirma som sekundära kännetecken snarast har varukänneteckensrättslig karaktär, eftersom de inte avser att individualisera själva näringsverksamheten i sig, utan särskilda uttryck av den. När det gäller biografverksamhet är det ju dessutom snarast en tjänst som marknadsförs under kännetecknet, medan företaget kan ha som huvudsaklig verksamhet t.ex. att producera film. Enligt 4 § FL har en näringsidkare dessutom rätt att utan registrering och oberoende av inarbetning använda sitt släktnamn som näringskännetecken, om det inte är ägnat att framkalla förväxling med annans skyddade närings- eller varukännetecken.

---

[115] Jfr härtill SOU 2001:26 s. 214.

[116] Med parallellfirma förstås det förhållandet att en firma översätts till annat språk. Om del av verksamheten drivs under särskild benämning, utgör den bifirma (1 § första stycket FL); se SOU 1967:35 s. 238.

Firma behöver visserligen inte registreras enligt FL, men enligt den associationsrättsliga lagstiftningen är det, för de principiellt mer betydelsefulla associationsformerna, en nödvändig förutsättning att firman registreras för att associationen skall existera som sådan.[117] Registreringskrav gäller således för aktiebolag, handels- och kommanditbolag och för ekonomiska föreningar (15–16 kap. ABL, 2 § lagen om handelsbolag och enkla bolag och 14–15 kap. lagen om ekonomiska föreningar). Enligt 10 kap. 1 § stiftelselagen skall en stiftelse vara registrerad om den enligt bokföringslagen är skyldig att upprätta årsredovisning eller om det följer av de av stiftaren i siftelseförordnandet meddelade föreskrifterna att den skall vara registrerad och enligt 8 kap. 1 § stiftelselagen skall en stiftelses firma tydligt skilja sig från andra firmor som förut är införda i stiftelseregistret. När det gäller enskilda näringsidkare liksom enkla bolag och ideella föreningar, vilka bedriver näringsverksamhet, så *kan* de registrera firma. Enligt 2 § första stycket handelsregisterlagen införs därför i handelsregistret enskild näringsidkare, handelsbolag, ideell förening som utövar näringsverksamhet, och bolagsmän i enkla bolag, om näringsverksamhet utövas i bolaget.

Rätten till firma anges i 2 § FL som den ensamrätt näringsidkare förvärvar genom registrering eller inarbetning. Ensamrätt till sekundärt kännetecken förvärvas genom inarbetning. Ensamrätt till registrerad firma innebär enligt 3 § första stycket FL att annan än innehavaren inte får använda ett med firman förväxlingsbart näringskännetecken inom det område för vilket firman registrerats, med mindre det visas att innehavaren inte kan lida skada därav. Enligt 3 § andra stycket FL innebär ensamrätten till näringskännetecken på grund av inarbetning att annan än innehavaren inte får använda ett med dennes kännetecken förväxlingsbart näringskännetecken inom det område där inarbetningen består. Skyddet för firma och varukännetecken hänger samman genom det s.k. *korsvisa skyddet*, nämligen att ett varumärke varken får registreras eller användas om det är förväxlingsbart med annans näringskännetecken (9 § första stycket 6 och 4 § andra stycket FL) och *vice versa* (14 § första stycket 4 och 3 § andra stycket VmL).[118]

---

[117] Jfr Åndsretten s. 191.

[118] Se Ljungman i NIR 1974 s. 384 ff.; Essén s. 21; jfr härtill Åndsretten s. 389.

4.3 Särskiljningsförmåga

Firmarätten skiljer sig från varukänneteckensrätten på en viktig huvudpunkt, nämligen att den viktigaste funktionen hos firman är att särskilja juridiska personer åt. Detta syfte har traditionellt sett haft ett viktigt allmänt intresse, vilket dock avtagit med införande av andra individualiseringsmedel – organisationsnummer. I övrigt kan firman användas som ett med varukännetecknet överensstämmande individualiseringsmedel för en näring. Den första funktionen utgör firmans *referens*, d.v.s. den ger verksamheten ett namn som utpekar en viss *singulär*, vanligen juridisk, person. Den andra funktionen kan användas i marknadsföring för att ge verksamheten en *mening* för konsumenter. I det hänseendet har firma samma funktion som varukännetecken. Den semantiska skillnaden mellan varukännetecken och firma är således att firma, till skillnad från varukännetecken, är ett *appellativ* (jfr ovan s. 122) i egentlig bemärkelse.

Av primärt intresse för denna undersökning är för det första att firmor i sig nödvändigtvis är ordkännetecken. För det andra, får de inte vara förväxlingsbara med andra varukännetecken. Eftersom firmadominanten används som varukännetecken, får firmaskyddet närmast medelbar betydelse i denna undersökning. Det blir, vilket visas nedan, intressant först när det ställs mot en varukänneteckensrätt i vidare bemärkelse, något som i sig visar hur varukänneteckensrätten har kommit att få övertaget inom känneteckensrätten rent generellt.

Särskiljningsförmåga är också en förutsättning för firmaskydd. Enligt 9 § första stycket FL kan firma således registreras endast om den är ägnad att särskilja innehavarens verksamhet från andras. I bedömningen av om firma har särskiljningsförmåga skall enligt 9 § andra stycket FL, liksom i varukänneteckensrätten, hänsyn tas till den tid och omfattning som firman har varit i bruk. Består firma av enbart en allmän benämning på verksamhetens art eller på däri utbjuden vara eller tjänst eller utgörs den enbart av allmänt brukat ortnamn eller annat sådant namn, skall firman i och för sig inte anses ha särskiljningsförmåga. Ingår i firma sådan beteckning som aktiebolag, handelsbolag eller ekonomisk förening eller förkortning därav, skall vid bedömningen bortses från denna. I 10 § anges registreringshinder som i allt väsentligt svarar mot dem i 14 § VmL.

Kraven på särskiljningsförmåga för firma är generellt sett lägre än för varukännetecken. Anledningen härtill har ansetts vara att den deskriptiva firman har tett sig naturlig för flertalet näringsidkare.[119] Det uppställs således inte några strängare krav på originalitet hos firman och något hinder mot registrering av rent deskriptiva firmor föreligger i princip inte.[120] Även om kravet på särskiljningsförmåga ansetts vara mer framträdande och strängare på varukänneteckensområdet än på firmaområdet,[121] uppställs för firma vissa stränga och svårmotiverade formella krav på särskiljningsförmåga.[122]

4.3.2 Namn

Vissa begränsningar finns för möjligheten att förvärva efternamn. Enligt 12 § NamnL får som nybildat efternamn bland annat inte godkännas namn som till bildning, uttal eller stavning har en sådan språklig form att det inte är lämpligt som efternamn här i landet (12 § 1 NamnL), namn som kan uppfattas som en benämning på järnvägsstationer, postkontor eller liknande och därför kan medföra olägenhet eller i övrigt kan vilseleda allmänheten (12 § 4 NamnL), namn som kan väcka anstöt eller namn som kan antas leda till obehag för den som bär det (12 § 5–6 NamnL). Detta gäller även för förvärv av förnamn (34 § NamnL).

Namnlagen ger i 20 § NamnL ett skydd för egenartade efternamn. Enligt 20 § tredje stycket NamnL skall ett *efternamn* anses som *egenartat* om det är ägnat att utmärka tillhörigheten till en viss släkt.[123] Egenartsrekvisitet fanns redan i 1901 års släktnamnsförordning, enligt vilken tillerkändes ensamrätt till släktnamn som var av *mera egenartad beskaf-*

[119] Prop. 1974:4 s. 98.
[120] Essén s. 70.
[121] Jfr SOU 1967:35 s. 205.
[122] Ett exempel är RÅ 1987 ref. 100 II (Immateriellt Rättsskydd) där firman *Handelsbolaget Immateriellt Rättsskydd* vägrats registrering på grund av avsaknad av särskiljningsförmåga. Handelbolaget registrerades sedermera under firman *Handelsbolaget Immateriellt Rättsskydd i Stockholm*, vilket ansågs ha tillräcklig distinktivitet.
[123] Jfr Åndsretten s. 381 angående antalet bärare i förhållande till egenartskriteriet.

fenhet.[124] Enligt *Höglund* hängde skyddet i 1982 års NamnL samman med namnets förmåga att verka individualiserande. Och ett namns individualiseringsförmåga sammanhängde i sin tur med namnets frekvens. Intresset av skydd ökades ju mer namnet var ägnat att utmärka tillhörighet till viss släkt. Störst var intresset uppenbarligen när namnet bars av endast en släkt, men det förelåg också när namnet gav association till endast ett begränsat antal släkter och därigenom varje gång det förekom väckte föreställningen om en viss släkttillhörighet.[125] Förutom själva namnfrekvensen spelar även andra faktorer in i bedömningen av om ett efternamn skall anses egenartat. Enligt Namnrättskommittén hade man att ta hänsyn även till namnets språkliga strukturtyp, de språkliga beståndsdelarnas form och betydelse samt det sätt på vilket de sammanfogades till ett namn.[126] Namnrättens krav på egenart ger således uttryck åt ett slags *distinktivitetskrav.* Ett illustrativt exempel på det är NJA 1992 s. 491 (Ell) angående rätten till efternamnet *Ell*, i vilket HD konstaterade att namnet i och för sig var egenartat såtillvida att det bars endast av en släkt i Sverige. På grund av dess enkla ordbildningstyp – den ljudenliga utskriften av bokstaven *L* i svenska språket – kunde namnet emellertid inte åtnjuta det särskilda skydd som genom 20 § NamnL gavs åt egenartat efternamn.[127]

4.3.3 Generiska, deskriptiva och suggestiva kännetecken

Generiska och beskrivande – *deskriptiva* – kännetecken är undantagna från det registrerbara området enligt 13 § VmL, eftersom de saknar symbolfunktion. De har enkelt uttryckt fel *referens*. De *refererar* inte till själva varan, utan uteslutande eller endast med mindre ändring eller tillägg till varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller geografiska ursprung.[128]

---

[124] Se Höglund, Namnlagen. En kommentar (cit. Namnlagen) s. 154; jfr SOU 1960:5 s. 52 och 73.
[125] Namnlagen s. 154.
[126] SOU 1960:5 s. 78; jfr Namnlagen s. 154.
[127] Se om avgörandet Namnlagen s. 150.
[128] Jfr *After dinner* för choklad m.m., som fick avslag i PBR mål 93-433 (After Dinner).

Särskiljningsförmåga kan dock förvärvas genom inarbetning (2 § och 13 § första stycket VmL). Det får därmed en *sekundärreferens* (*secondary meaning*).[129] I enlighet med de för varumärkesrätten grundläggande principerna kan motsatsvis generiska beteckningar väl fungera som kännetecken för andra typer av varor än för dem som de *denoterar.*

4.3.3.1 Generiska beteckningar

För att ett ord skall uppfylla kännetecknensrättens krav på särskiljningsförmåga, får det inte vara *deskriptivt* eller *generiskt*. Medan ett deskriptivt kännetecken anger egenskaper hos varan, utpekar en generisk beteckning själva varuslaget.

Kravet på särskiljningsförmåga har som ovan angivits, grund i att språkets vanligaste ord och i tillvaron förekommande symboler måste *frihållas* från det skyddade området. Sådana skall inte utan vidare kunna förbehållas en viss näringsidkare och monopoliseras. Detta följer av 13 § första stycket 2. VmL, där det anges att ett märke som *uteslutande eller endast med mindre ändring eller tillägg* anger varans art, inte skall anses ha särskiljningsförmåga.[130] Bestämmelsen där tar sikte främst på ordmärken.

Ett kännetecken som består av ett ord med viss ursprunglig *referens*, kan av omsättningskretsen visserligen lätt läggas på minnet, men kan samtidigt lätt uppfattas som ord snarare än som varukännetecken. Ordet *tandkräm* anger varans art och inte dess kommersiella ursprung. Det kan därför inte skyddas som varukännetecken för tandkräm, vilket inte hindrar aktörer inom marknaden att använda det som kännetecken just för tandkräm. Här skiljer sig kännetecknensrätten tydligt från realiteten. Det är uppenbart att många generiska ord kan ha en väl så god kännetecknensfunktion, trots att de inte kan skyddas. Ett exempel på ett sådant skulle kunna vara *Stadshotellet*.

---

[129] Ett bra exempel är *Karlssons Klister*, som efter lång inarbetning erhöll registrering; jfr Kobbernagel II s. 99 och hans exempel *Aalborgs Akvavit*, samt om *Absolut Vodka* nedan s. 322 f. och s. 335.

[130] Jfr Åndsretten s. 423.

> När man säger att ordet *tandkräm* inte kan inarbetas som ett kännetecken, är det således värt att uppmärksamma att det gäller endast det juridiska kännetecknsrättsbegreppet. Eljest, inom reklam och marknadsföringsteori, har man helt andra uppfattningar om vad som kan vara ett kännetecken. Där kan *de facto* även inarbetade generiska beteckningar uppfattas som varumärken när de, trots allt, skiljer sig från mängden. Här föreligger alltså en väsentlig diskrepans mellan kännetecknsrättslig begreppsbildning och kännetecknsrättens gränser å ena sidan, och den kommersiella verkligheten å den andra.

Däremot finns det ju som regel inte något hinder mot att registrera ett ord med *primärmening* för något annat än den primära *referensen*. Således kan de mest vanliga ord, använda i ett nytt sammanhang, såsom t.ex. *tandkräm* och *ketchup*,[131] få kännetecknsegenskaper när de används för nya varuslag.[132] Detta kan i vart fall i teorin skapa problem för näringsidkare som marknadsför varor inom många varuslag. Man kan t.ex. tänka sig att ordet *glimmer* skulle vara ett bra varumärke för ett antal varor, men det kan ju knappast registreras för just silikatet glimmer i klass 17.

Holmqvist konstaterade att det i gränsområdet mellan generiska beteckningar och ordmärken kunde vara svårt att avgöra om ett ord var appellativ eller ett proprium, d.v.s. kännetecken. Det gällde särskilt om ordet utgjorde eller hade karaktär av fackspråklig term eller fackspråklig nomenklatur, t.ex. inom naturvetenskap eller teknik.[133] Rent teoretiskt skapas här ett slags *produktregel* som bygger på graden av specialisering i förhållande till omsättningskretsens vidd. Man skulle således kunna tänka sig att en mycket speciell teknisk term kan användas som kännetecken för en vara, om omsättningskretsen är så vid att endast en marginell del av den har kännedom om vad termen står för. Å andra sidan

---

[131] Jfr det för *Sveriges Radio* i klasserna 9, 16, 38 och 41 registrerade varumärket nr 0337868 (Ketchup).

[132] Jfr Uggla i NIR 1955 s. 25 och Varumärkens särskiljningsförmåga s. 85, där det konstateras att ett och samma varumärke kan komma att bedömas som antingen deskriptivt, suggestivt eller associationsfritt, beroende på vilka varuslag varuförteckningen innehåller.

[133] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 50.

finns det ju alltid en risk för att omsättningskretsens kunskaper om den tekniska terminologin ökar, vilket i så fall skulle kunna leda till ett slags *degeneration* av termen i egenskap av kännetecken.

Ett förhållande som gör sig allt tydligare gällande är kännetecken på *främmande språk*. I allmänhet är det inget annat än språkvanorna som hindrar att användningen av ett ord förändras. Språkvanan är visserligen en såväl starkt konservativ som dynamisk kraft. Förändringar uppkommer över tid. Det gäller kanske särskilt med tanke på att de flesta ords *referens* är mer eller mindre vag. Viktiga faktorer i processen är de *språkgeografiska förhållandena*.

Frågan om språkets betydelse för bedömningen av ett kännetecken särskiljningsförmåga var föremål för prövning i ett hovrättsavgörande angående hävning av registreringen för varumärket *Dotchecker*.[134]

> Med hänvisning till motiven till VmL,[135] konstaterade domstolen att frågan om ett varumärke hade särskiljningsförmåga skulle avgöras vid en bedömning av märket i dess helhet och att någon analys eller uppdelning av märket i olika delar som prövas var för sig som regel inte borde förekomma. I enlighet med utvecklingen i rättspraxis,[136] borde emellertid vid prövningen i förevarande fall uppmärksammas vad de enskilda orden kunde betyda. Ordet *dot* förekom inom den aktuella branschen med en specifik innebörd. Eftersom det omtvistade ordet användes inom en kundkrets där det engelska språket var vanligt förekommande, fann domstolen att ordet *dotchecker* fick uppfattas som huvudsakligen beskrivande. Som varumärke saknade ordet därmed sådan särskiljningsförmåga som erfordrades för registrering.

Det händer lätt att språkutvecklingen sker olika inom skilda grupper av individer. Man kan också räkna med en viss social isolering och att språkkontakten mellan olika kategorier inte alltid är så stor.[137] Det är då inte förvånande att samma ord eller ordformer används på skilda sätt inom de skilda grupperna. I den mån sedan gruppernas isolering upp-

[134] Hovrätten för Västra Sverige dom den 6 juni 2001 (Dotchecker).
[135] SOU 1958:10 s. 271.
[136] Domstolen hänvisade här till RÅ 1997 not. 17 (Peaudouce).
[137] Jfr Klasspråk s. 41 ff.

hävs, kan det också hända, att den ena gruppens språkvanor övertas av den andra. Vidare är det vanligt, att en gammal innebörd av ett ord kvarstår vid sidan av den nya.[138]

Bedömningen kan variera över tid. Så kan principiellt antas att vad som tidigare kunde uppfattas som en generisk beteckning, på grund av att ordet ifråga avsåg en vara eller ett varuslag på tyska, säkert inte kan uppfattas på samma sätt i dag medan motsatt förhållande kan antas gälla för engelska. Också den invandring som skett till Sverige under senare tid från skilda länder med andra språk måste påverka allmänhetens uppfattning om innebörden av ett visst ord i Sverige.[139] Därtill kommer tillkomsten av gemenskapsvarumärket, vilket i sig får antas på sikt minska möjligheten att nationellt få skydd för ord som kan uppfattas som generiska på andra europeiska språk.[140]

Med avseende på generiska beteckningar framstår kännetecknsrätten som skydd för *mening* och *referens* således närmast som en paradox, eftersom ett tecken som uppfattas generiskt för vissa varuslag, kan verka särskiljande som kännetecken för andra. I vissa fall diskvalificerar dess *primärmening* kännetecknets *referens* medan det i andra fall tillskapar den.

4.3.3.2 Deskriptiva och suggestiva kännetecken

Även om generiska beteckningar teoretiskt sett bör anses vara deskriptiva i sig, har man i praxis kommit att skilja mellan generiska beteckningar och deskriptiva kännetecken.[141] För vissa ord gäller dock att de som sådana, är deskriptiva. Ord som t.ex. *bärkasse* och *kromglans* talar ju om vad föremålen är tänkta att användas till. Inom kännetecknsrätten skiljs vidare mellan *deskriptiva* och *suggestiva* kännetecken. *De-*

[138] Regnéll s. 66; jfr Sigurd, Språk och språkforskning s. 126 ff. och Klasspråk.

[139] Jfr Holmqvists exempel att ordet *kniga*, som betyder bok på ryska, framstår som särskiljande för de flesta svenskar (Varumärkens särskiljningsförmåga s. 104).

[140] Jfr Förstainstansrättens avgörande mål T-219/00 (Ellos).

[141] Jfr Uggla i NIR 1955 s. 25; Varumärkens särskiljningsförmåga s. 85; RÅ 1947 not. H. 51 (Jeep) och RÅ 1947 not. H. 52 (Jeepster).

skriptiva kännetecken är sådana som anger egenskaper hos varan eller vad man skall använda den till och kan inte skyddas på grund av avsaknad av särskiljningsförmåga (jfr 13 § första stycket VmL). Däremot har s.k. *suggestiva* kännetecken ansetts kunna skyddas. *Suggestiva* kännetecken är inte beskrivande, men anspelar ändå – eller i vart fall spelar – på varans art eller egenskaper och därmed är ägnade att ge omsättningskretsen vissa associationer.[142] Med suggestiva kännetecken torde således förstås något annat än vad som menas med suggestiv i dagligt språkbruk, d.v.s. tankeväckande. Därmed avser suggestiva kännetecken närmast kännetecken som visserligen anger en varutyp, eller beskriver egenskaper hos en vara, men inte på ett trivialt eller eljest allmänt vedertaget sätt.

Enligt *Holmqvist* var den inneboende särskiljningsförmågan hos suggestiva kännetecknen en följd av att bipolariteten mellan ordmärkets och varuslagsappellativets *primärbetydelse* var tillräckligt ovanlig, oväntad eller överraskande. Det räckte då inte att konstatera att dessa kategorier av ordmärken var associativa, d.v.s. konnotativa, eftersom detta var en egenskap hos både deskriptiva och suggestiva kännetecken. Skillnaden mellan dem var enbart en fråga om associationernas, d.v.s. *konnotationernas* närhet.[143] Enligt *Holmqvist* var gränsen mellan deskriptivitet och suggestivitet omöjlig att definiera i exakta termer. Den största svårigheten var dock att det inte fanns någon entydig och klar definition av begreppen deskriptivitet och suggestivitet. Det enda som med säkerhet kunde sägas, var att båda orden var varumärkesrättsliga beteckningar med olika grader av *konnotation* och *association*.[144]

Vid suggestiva kännetecken, som enligt gällande rätt anses registrerbara, skulle enligt *Holmqvist*, i motsats till vad fallet var enligt 1884 års lag, någon högre grad av användning inte vara erforderlig. Med hänsyn till att gränsen till de deskriptiva märkena emellertid aldrig kunde dras tillräckligt skarpt, kunde det förekomma att viss användning krävdes för

[142] Oversikt s. 62; SOU 1958:10 s. 271; Kobbernagel II s. 97 f.; Oversikt s. 62; jfr Immaterialrätt s. 200.
[143] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 43.
[144] Op. cit. s. 44.

registrering av märken, om vars distinktivitet delade uppfattningar rådde.[145] Vidare var suggestiva kännetecken de kännetecken som krävde minst användning för att bli inarbetade. Skälet härför skulle vara att de kom närmast kravet på ett bra ordmärke. De var en benämning med klar egennamnskaraktär som dock antydde tillräckligt mycket om varan eller dess ursprung för att ge ett gott stöd åt minnet.[146] Emellertid torde risken för degeneration för sådana kännetecken vara större än för rena fantasiord. Även om man således normalt ser deskriptivitet och suggestivitet som varandras motsatser, bör det teoretiska förhållandet vara att suggestiviteten är en skyddsgrundande kvalitet åt eljest deskriptiva kännetecken.

Som exempel på avslag på grund av deskriptivitet i administrativ underrättspraxis kan nämnas *Conceal* för ett medel att dölja ringar under ögonen,[147] *Nice Change*, avsett för ett hårfärgningsmedel,[148] *Back-Supporter* för böjda nackkuddar av plast[149] och *Cat's Comfort* för kattströ.[150] Från norsk registreringspraxis kan nämnas *Linguaskill* som inte ansågs kunna registreras, eftersom det uppfattades som ett engelskt uttryck för språkfärdighet.[151] Från prejudicerande svensk administrativ praxis kan nämnas RÅ 1990 ref. 85 (Skolabbet) avseende varor och tjänster i klasserna 25 och 28, vilket ansågs inte kunna registreras.

> RegRn påpekade med hänvisning till PRV att *Skolabbet* var en förkortning av ordet *skolaboratoriet*. Det sökta märket angav sålunda en lokal för vetenskapligt eller tekniskt arbete på ett av de varuområden som det skulle avse. Av utredningen framgick att sökandebolagets försäljningsmetod skilde sig från vanlig försäljning, bland annat såtillvida som man tillhandahöll ortopedisk expertis som med hjälp av teknisk utrustning granskade varje kunds löpteknik, för att hjälpa kunden att hitta den typ av sko som passade bäst. Med hänsyn till det sökta varumärkets angivna karaktär och anknyt-

[145] Holmqvist i NIR 1975 s. 271.
[146] Op. cit. 1975 s. 271.
[147] Besvärsavd. mål 38/1969 (Conceal).
[148] Besvärsavd. mål 59/1965 (Nice Change).
[149] PBR mål 91-019 (Back-Supporter).
[150] PBR mål 91-091(Cat's Comfort).
[151] Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 17. mars 1998 i sak nr. 6736 (Linguaskill).

ning till vissa av de varor som var i fråga och det sätt på vilket de tillhandahölls, fann RegRn att märket inte hade erforderlig särskiljningsförmåga. Till det sagda kom att märket kunde uppfattas som firma. Märket kunde därför inte registreras.

Eljest synes PBR och RegRn inta en mer generös inställning till möjligheterna att registrera deskriptiva kännetecken än PRV. Kännetecken med deskriptiva inslag, vilka ansetts kunna registreras är bland annat *Smokeless* för snus,[152] *Bankomat* för automatisk bankservice och *Torr och Glad* för blöjor.[153]

Problematiken med främmande språk (jfr ovan s. 215 och nedan s. 280 f. ang. förväxlingsbarhet) gör sig gällande också med hänsyn till deskriptiva och suggestiva kännetecken. Kännetecken som består av ord som ingår i främmande språk, kan anses deskriptiva om ordens *referens* kan antas vara känd i Sverige.[154] I motiven till VmL övervägdes också i vilken utsträckning ett ords betydelse i ett främmande språk borde beaktas i bedömningen av särskiljningsförmåga. Det framhölls bland annat att hänsyn framför allt borde tas till de övriga nordiska ländernas språk och de stora världsspråken. Vidare borde särskild vikt fästas vid hur ordet var ägnat att uppfattas i den omsättningskrets till vilken varan riktade sig. Att ett ord förekom t.ex. i engelska språket borde därför i och för sig inte utesluta ordets registrering i Sverige, under förutsättning att ordets deskriptiva karaktär inte framträdde för köparna av varan. Det kunde vara förhållandet om den deskriptiva betydelsen var okänd för personer utan mer djupgående kunskaper i det främmande språket.[155]

---

[152] RÅ 1974 ref. 21 (Smokeless).

[153] Besvärsavd. mål 62/1974 (Torr och glad). I fråga om *Bankomat*, bör kanske det förtydligande tillägget göras att märket registrerades innan det fanns bankautomattjänster i Sverige, varför det således vid registreringstidpunkten inte stod helt klart vilken typ av bankservice som märket var avsett att kännetecknа.

[154] Se Immaterialrätt s. 200; jfr Holmqvists konstaterade att ett appellativ kunde användas som egennamn, särskilt om det var ogenomskinligt på grund av att det hämtats ur ett främmande språk. Då uppfattas eller igenkändes inget begrepp bakom den akustiska bilden som utgör ordets form, även om ett sådant begrepp faktiskt finns (Varumärkens särskiljningsförmåga s. 27 f.).

[155] Se SOU 1958:10; prop. 1960:167 s. 97 och 101.

Det är emellertid lättare att få skydd för deskriptiva ord på för svenskar vanligen mer eller mindre okända språk. *Silva* eller *holtz* torde t.ex. lättare registreras för skogsbruk, skogsmaskiner m.m. än *forrest*, *wood* eller *timber*.[156] Här uppstår också ett problem i den ständigt ökande internationaliseringen, vilket bidrar till att ett kännetecken som inte anses deskriptivt i Sverige, väl kan anses vara det i ett eller flera andra länder (jfr ovan s. 215). Problemet har tilltagit med ökad samhandel och med tillkomsten av gemenskapsvarumärket.[157] Ett belysande exempel är att det svenska postorderföretaget *Ellos* inte kunde registrera gemenskapsvarumärket *Ellos* på grund av deskriptivitet med hänsyn till det spanska ordet *ellos* (dvs. personliga pronomen tredje person pluralis maskulinum).[158] Enligt *Stuevold Lassen* fick varuslaget också ofta avgörande vikt. I våra dagar när folk reser till utlandet i större utsträckning än tidigare, får man räkna med en ganska omfattande kännedom om namnet på många dagligvaror på främmande språk. Man vet t.ex. att bröd heter *pane* på italienska.[159] Däremot har *Parmigiano Reggiano* ansetts inte uppfattas som *parmesanost* från den italienska regionen *Emilia*.[160]

> PRV och PBR avslog ansökan och konstaterade att orden *Parmigiano Reggiano* i på italienska betydde parmesanost från regionen Emilia och att de således angav arten och ursprunget av varan, varför de inte besatt för registrering erforderlig särskiljningsförmåga. RegRn konstaterade emellertid att när fråga var om betydelsen av geografiska namn eller ord som förekom i ett främmande språk, måste hänsyn tas till hur dessa uppfattades inom om-

---

[156] Jfr Holmqvists exempel med ordet *barack* som på ungerska betyder aprikos (Varumärkens särskiljningsförmåga s. 105).

[157] Jfr Koktvedgaard i TfR 1987 s. 319 f.

[158] Förstainstansrättens avgörande mål T-219/00 (Ellos). Det har dock kunnat registreras bl.a. för postorderverksamhet; jfr också det danska avgörandet U 1960 s. 468 (S) (Deres), där användingen av kännetecknet *Deres* var så allmänt att det inte kunde utgöra hinder för annans användning av firman *Deres Magasin*. Se härom Kobbernagel II s. 96.

[159] Oversikt s. 58; jfr PBR mål 97-570 (Panini), där *Panini* (dvs. småbröd på italienska) inte kunde registreras för smörgåsar (jfr härtill Algotson, Kravet på särskiljningsförmåga i ett harmoniserat Europa s. 31).

[160] RÅ 2003 ref. 26 (Parmigiano Reggiano).

sättningskretsen.[161] I detta fall fick det antas att endast en mycket begränsad del av den avsedda kundkretsen i Sverige uppfattade sökandens märke såsom angivande varans art och geografiska ursprung, varför märket ansågs besitta tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registreras som varumärke för ost i klass 29.

Som exempel från svensk praxis på ordmärken av detta slag, vilket vägrats registrering, är *Windsurfer*[162] inneslutet i en ringformad figur för spel och leksaker samt sportartiklar m.m. i klass 28.

PRV avslog ansökan och anförde att *Windsurfer* utgjorde beteckning på en vindsurfingbräda och på en person som utövar nämnda sport. Bolagets märke saknade därför särskiljningsförmåga för sportartiklar avsedda för dylik sport. Även om ett ord var nybildat, uteslöt det inte att ordet kunde vara deskriptivt, t.ex. om det var bildat av kända språkelement, sammansatta enligt vanliga normer för ordbildning. Ordet *Windsurfer* fick anses vara ett sådant ord. RegRn gjorde inte någon ändring.

Däremot har *Airbus A 300 B* för flygplan kunnat registreras efter omfattande användning.[163]

RegRn konstaterade att ordet *Airbus* för den aktuella flygplanstypen under avsevärd tid och i betydande omfattning använts i reklam och annan information. Flygplan av den storlek som var i fråga, saluförde endast av ett ytterst ringa antal tillverkare. Även kretsen av tänkbara köpare var ytterligt begränsad och måste förutsättas vara väl informerad om olika flygplanstyper och använda kännetecken. Detta fick anses ge vid handen att kännetecknet *Airbus A 300 B* blivit allmänt känt bland dem, till vilka det riktade sig. Hinder mot registrering förelåg alltså inte.

Homonymi har som regel en helt annan utvecklingshistoria än *polysemi* (jfr ovan s. 112 f.). Uttryck som en gång varit åtskilda i fråga om uttal,

[161] RegRn åberopade här prop. 1960:167 s. 97 och 101, RÅ 1971 H 61 (Chantilly) och 62 (Windsor Door), RÅ 85 Ab 8 (Chesterfield), RÅ 1997 not. 17 (Peaudouce) samt de förenade målen C-08/97 och C-109/97 (Chiemsee) p. 32.

[162] RÅ Ab 464/79 (Windsurfer).

[163] RÅ 1978 2:48 (Airbus A 300 B).

kan genom ljudutvecklingen, komma att bli lika. Ord som är homonyma i ett visst språk, har därför ofta fullt distinkta motsvarigheter i ett annat närbesläktat språk.[164] Ett illustrativt exempel kan var *Q8* för bensin m.m., vilket i Sverige i dag torde få anses ägnat att associera med Quwait, något som förmodligen inte hade bedömts på samma sätt vid början av 1960-talet.

Stor uppmärksamhet har riktats mot det första europeiska registreringsavgöranden om särskiljningsförmåga, som kommit för EG-domstolens prövning, vilket gällde tecknet *Baby-dry* för blöjor.[165]

> I *Baby-dry*-avgörandet erinrade domstolen om att varumärken som saknar särskiljningsförmåga inte fick registreras enligt Varumärkesförordningens art. 7.1 b–c. Vad avsåg varumärken av det aktuella slaget, krävdes att man kunde konstatera en eventuell deskriptiv karaktär, inte endast beträffande vart och ett av orden i sig, utan även beträffande den helhet som de utgjorde. Varje märkbar avvikelse i lydelsen av den ordkombination som föreslagits för registrering, från den terminologi som i de berörda konsumenternas dagliga tal användes för att beskriva varan eller tjänsten eller deras väsentliga egenskaper, kunde ge denna ordkombination en särskiljningsförmåga som gjorde det möjligt att registrera den som ett varumärke (p. 40). För att bedöma om en sådan ordkombination som *Baby-dry* hade särskiljningsförmåga, var det lämpligt att utgå från en engelskspråkig konsuments synvinkel. Ur denna synvinkel var den bedömning som skulle göras när det var fråga om barnblöjor, beroende av svaret på frågan om ordkombinationen kunde förstås som ett normalt sätt att beskriva varan eller ange dess väsentliga egenskaper i allmänt språkbruk (p. 42). Även om vart och ett av de två orden i ordkombinationen kunde ingå i uttryck som enligt allmänt språkbruk användes för att beskriva en barnblöjas funktion, utgjorde de, placerade sida vid sida, vilket var en ovanlig språkform, inte ett känt uttryck i engelska språket för att beskriva sådana varor eller för att ange deras väsentliga egenskaper. Det kunde följaktligen inte anses att sådana ord som *Baby-dry* tillsammans hade en deskriptiv karaktär. Tvärtom utgjorde de en lexikalisk uppfinning (*syntactically unusual juxtaposition*) som gav ett varumärke

[164] Regnéll s. 66.
[165] Mål C-383/99 (Baby-dry).

som bestod av sådana ord en särskiljande funktion, och de kunde därför inte vägras registrering enligt art. 7.1 (p. 44).

Enligt *Wessman* torde *Baby-dry*-avgörandet indikera en mer liberal inställning än vad som gällt nationellt, med en större möjlighet att få märken med vissa deskriptiva inslag registrerade,[166] och när det gällde avgörandets prejudicerande effekt, kunde det antas att det numera fanns något större möjligheter än tidigare att få ordmärken med en viss beskrivande karaktär registrerade, såväl i Sverige som EU.[167] Av avgörandet framgår att varumärkets förmåga att särskilja ett företags varor från andras bör bedömas mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i varje enskilt ärende, där varumärkets form, innehåll och sammansättning utgör betydelsefulla omständigheter som också bör värderas med hänsyn till de varor som märket avser och i ljuset av egenskaperna hos de konsumenter som kan tänkas köpa varorna.[168] Avgörandet visar också tydligt hur språket får en annan betydelse vid registrering av gemenskapsmärken än vid nationella varumärken. Såsom *Wessman* konstaterade, kunde t.ex. ett ord som var beskrivande på den franska marknaden, verka särskiljande på den svenska marknaden.[169] Här är det också intressant hur domstolen konstaterade att det, i ljuset av en engelskspråkig köpares uppfattning, varumärket visserligen anspelade på varornas funktion, d.v.s. att hålla barnet torrt, men att den ovanliga kombinationen inte var ett känt uttryck i det engelska språket för att beskriva sådana varor eller för att ange deras väsentliga egenskaper, utan i stället utgjorde en *lexikalisk uppfinning* som medförde en särskiljande funktion.[170] Den friare inställningen till kravet på särskiljningsförmåga, som aviserades av *Wessman*, kan emellertid pareras med den senare utvecklingen i EG-domstolens registreringspraxis där kravet på särskiljningsförmåga

[166] Wessman i NIR 2002 s. 17.
[167] Op. cit. s. 22.
[168] Op. cit. s. 21 f.
[169] Wessman hävisade här till Varumärkens särskiljningsförmåga s. 176 ff.
[170] Op. cit. s. 21.

varit strängare. Det s.k. *Companyline*-avgörandet[171] gällde registrering av tjänster inom försäkringssektorn.

> I de snåriga domskälen konstaterade domstolen, med hänvisning till p. 26 i den överklagade domen, att det kännetecken, som vägrats registrering, uteslutande bestod av orden *company* och *line*, vilka båda var ofta förekommande i engelskspråkiga länder. Med ordet *company* förstods att man hade att göra med en produkt eller en tjänst som riktade sig till bolag eller firmor. Ordet *line* hade flera innebörder. Inom området för försäkrings- och finanstjänster betydde det bland annat en försäkringsbransch, en serie eller grupp av produkter. Det rörde sig således om två allmänna ord som endast betecknade en serie produkter eller tjänster som riktade sig till företag. Den omständigheten att de hade fogats samman, utan någon grafisk eller semantisk ändring, utgjorde inte något ytterligare kännetecken som innebar att uttrycket i dess helhet kunde särskilja klagandens tjänster från de tjänster som tillhandahölls av andra företag. Tecknet *Companyline* saknade således särskiljningsförmåga (p. 7).

Ett annat uppmärksammat avgörande gällde tecknets *Doublemint*. Fråga var om det hade tillräcklig särskiljningsförmåga för tuggummi.[172]

> För att vägra registrering krävdes det enligt EG-domstolen inte att de kännetecken eller upplysningar, av vilka de varumärken som avsågs i art. 3.1 c var sammansatta, faktiskt användes vid tidpunkten för registreringsansökan för att beskriva sådana varor eller tjänster. Såsom följde av själva ordalydelsen i denna bestämmelse, var det tillräckligt att dessa kännetecken och upplysningar kunde användas för sådana ändamål. Registrering av ett ordmärke skulle således vägras med stöd av bestämmelsen om åtminstone en av dess potentiella betydelser avsåg en egenskap hos de berörda varorna eller tjänsterna (p. 32). EG-domstolen konstaterade avslutningsvis att Förstainstansrätten tolkat art. 7.1 1 så att den föreskrev hinder för registrering av varumärken som endast beskriver de varor eller tjänster som ett märke avser och att rätten därför inte undersökt huruvida det sökta varumärket kunde användas för att beskriva de varor som märket avsåg samt att målet därför skulle återförvisas till Förstainstansrätten.

[171] Mål C-104/00 (Companyline).
[172] Mål C-191/01 (Doublemint).

Även om *Baby-dry*-avgörandet indikerar en liberal inställning till möjligheten att registrera kännetecken med svag särskiljningsförmåga, kan det enligt min uppfattning ifrågasättas om det i sak avviker i nämnvärd omfattning från vad som redan gäller enligt svensk registreringspraxis, det gäller inte minst i belysning av det senare *Companyline*-avgörandet.[173] Vad som snarare präglar svensk praxis på detta område är svårigheterna att se en tydlig linje. Enligt *Holmqvist* var gränsen mellan deskriptivitet och suggestivitet också omöjlig att definiera i exakta termer. Det fanns talrika fall där relationen mellan varumärke och varuslag lika gärna kunde sägas ge ett deskriptivt som ett suggestivt ordmärke och omvänt, eftersom bedömningen av vad som är deskriptivt och suggestivt är subjektiv, men framför allt därför att dessa olika grader var *standarder* som inte alltid gav ett tillförlitigt resultat.[174] Det som registreringsmyndigheten eller domstolen ytterst måste göra, bör således vara att försöka fastställa omsättningskretsens *intersubjektiva* uppfattning om kännetecknet ifråga (jfr ovan avd. 3.3.3.1), något som i sig bör tala för en generös inställning till vad som skall vara skyddsförtjänt. Det gäller särskilt efter inarbetning.

[173] I och för sig kan man kanske uppfatta att förstainstansrätten ställer högre krav på särskiljningsförmåga än EG-domstolen. Här kan ges några exempel på tecken som har ansetts sakna särskiljningsförmåga: *SAT.2* (mål T-323/00) för radio- och TV-verksamhet (dock kunde det registreras för databastjänster); *Real People Real Solutions* (mål T-130/01) för bl.a. telefonförsäljningsverksamhet; *Trustedlink* (mål T-345/99) för datorprogrammjukvara och elektronisk handel; *Electronica* (mål T-32/00) för kataloger för elektroniska komponenter; *Giroform* (mål T-331/99) för papper; *Cine Action* (mål T-135/99) för actionfilmer; *Cine Comedy* (mål T-136/99) för komiska filmer; *Easybank* (mål T-87/00) för elektroniska online-banktjänster; *EuroHealth* (mål T-359/99) för försäkringar; *New Born Baby* (mål T-140/00) för leksaksockor; *Streamserve* (mål T-106/00) för datorutrustning och datorprogram; *Truckcard* (mål T-358/00) för maskinläsbara databärare och *Tele Aid* (mål T-355/00) för bl.a. reparation av motorfordon. Däremot har *UltraPlus* för ugnsartiklar i plast (mål T-360/00) och *Vitalite* för barnmat (mål T-24/00) ansetts besitta tillräcklig särskiljningsförmåga.

[174] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 44.

4.3.4 Bokstavs- och sifferkännetecken

Även om också en sammanställning av flera ord i och för sig kan sakna särskiljningsförmåga,[175] bör den teoretiska huvudregeln vara att ju mer komplext ett kännetecken är, desto större blir dess särskiljningsförmåga.[176] Således blir ett långt och fantasibetonat ord mer distinkt än ett kort och trivialt sådant.[177] Kännetecknet kan således sakna kännetecken-segenskap genom att det är alltför banalt.[178] Kännetecken som består endast av en bokstav eller siffra, anses av det skälet inte äga tillräcklig särskiljningsförmåga, något som hittills inte ansetts kunna botas ens genom inarbetning. Sådana tecken måste nämligen kunna fritt få användas av envar.[179]

> PBR uttalade i ett äldre avgörande om ett kännetecken i form av ett utdraget *M*, avsett för bland annat förbands- och sjukhusartiklar, att märket i och för sig var oregistrerbart, eftersom det bestod endast av en bokstav som inte utmärkte sig genom sådan form att den kunde anses såsom figurmärke. Detta skulle (med hänvisning till SOU 1958:10 s. 274) i och för sig kunna botas genom inarbetning, men eftersom märket hade en så enkel utformning, måste särdeles övertygande bevisning förebringas för att förvärvad distinktivitet skulle anses styrkt. Sådan bevisning hade emellertid inte förebragts. RegRn lämnade besvären utan bifall.[180]

Före 1993 års revision av VmL gällde enligt 13 § andra stycket VmL att märken som enbart bestod av bokstäver eller siffror och som inte kunde anses som figurmärken, kunde registreras endast om de genom *inarbetning* visats ha särskiljningsförmåga. Denna fundamentala avgränsning

---

[175] Jfr Markedsret s. 144 och där angiven dansk praxis; jfr även avgörandet från EGs Förstainstansrätt där tecknet *Real People Real Solutions* inte ansågs tillräckligt distinktivt (mål T-130/01).

[176] Jfr Holmqvist i NIR 1996 s. 50.

[177] Att längden i sig inte alltid har denna påverkan på kännetecknets särskiljningsförmåga, framgår emellertid av det norska HD-avgörandet Rt. 1998 s. 1315 (Norges-Is) där *Norsk Iskrem BA* inte ansågs distinktivt, medan *Norges-Is AS* ansågs ha ett viss fantasimässig och suggestiv prägel.

[178] Jfr Åndsretten s. 420.

[179] Se Varumärkens särskiljningsförmåga s. 482; jfr Åndsretten s. 421 och Albrecht i GRUR 1996 s. 247.

[180] RÅ 1966 H. 35 (Mölnlycke).

av kännetecknsrättens föremål diskuterades utförligt i 1958 års motiv till VmL. Där konstaterades att sådana märken visserligen rent faktiskt var mindre distinktiva än ord- och figurmärken. Men även bortsett härifrån, hade en viss restriktivitet vid behandlingen av bokstavs- och siffermärken varit påkallad.[181] Det kunde därför vara ett beaktansvärt intresse att såvitt möjligt hålla sådana beteckningar fria, vilka var ägnade närmast att uppfatta som någons initialer, ett katalognummer eller liknande. Erfarenheten visade emellertid att sådana märken torde vara tämligen vanliga, i vissa branscher t.o.m. förhärskande. Även inom andra områden av det moderna livet hade förkortningar, kodbeteckningar o.s.v. blivit mycket vanliga. För allmänheten hade det blivit allt svårare att hålla isär den mångfald beteckningar av detta slag som den mötte i det dagliga livet. Även med hänsyn härtill, fann utredningen att det var befogat att vidmakthålla en viss restriktivitet vid medgivandet av varumärkesrätt till bokstavs- och siffermärken. Om någon hade inarbetat ett sådant märke, hade han emellertid ett befogat anspråk på skydd. Lagens syfte att befrämja lojala konkurrensmetoder gjorde att ett sådant skydd uppbars även av ett allmänt intresse.[182]

Registreringsbegränsningen i den äldre lydelsen av 13 § andra stycket VmL har aldrig utgjort något hinder mot skydd för kombinerade ord- och figurkännetecken. I 1958 års motiv konstaterades också att bestämmelsen endast avsåg bokstavs- och sifferkombinationer som inte var figurmärken. Om märket var utformat som ett monogram, där bokstäverna eller siffrorna gick i varandra på mera säreget sätt eller utformningen eljest var mer egenartad eller dekorativ, kunde märket vara registrerbart enligt den allmänna bestämmelsen i 1 § första stycket VmL.[183] I ett avgörande av besvärsavdelningen ansågs således ett märke bestående av

[181] Jfr Holmqvist i NIR 1996 s. 44; jfr beskrivningen av varumärkesrätten enligt 1884 års varumärkeslag ovan avd. 1.3.

[182] SOU 1958:10 s. 275. Denna praxis torde vara det främsta skälet till valet av kännetecken såsom *Esselte* (jfr SOU 1958:10 s. 217) och *Kåbe* (jfr Heiding s. 156 och Eberstein i TfR 1910 s. 431 ff.).

[183] SOU 1958:10 s. 275.

ett versalt *J* inskrivet i en ring för *Jordan* ha tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registreras.[184]

I och med 1993 års revision av VmL ströks bestämmelsen i 13 § andra stycket VmL, att varumärken som enbart bestod av bokstäver eller siffror och som inte kunde anses som figurmärken, kunde registreras endast efter inarbetning. Bokstavs- och sifferkombinationer skulle således bedömas enligt de allmänna förutsättningarna i 1 § andra stycket VmL, där det nu uttryckligen anges att ett varumärke kan bestå av alla tecken som kan *återges grafiskt*, särskilt ord, inbegripet personnamn, samt figurer, bokstäver, siffror o.s.v.[185] Med att något skall kunna *återges grafiskt* förstås närmast att det skall vara ägnat att återges i planet på papper.[186] Detta skapar som regel inte problem för ord-, bokstavs- eller sifferkännetecken. I motiven till 1993 års revision anfördes emellertid att, när det gällde just bokstäver och siffror, vissa särskilda omständigheter torde krävas för att de i sig skulle anses ha särskiljningsförmåga.[187] Sannolikt har detta kanske något olyckliga motivuttalande medfört att en förändring av registreringspraxis för bokstavs- och sifferkombinationer lät vänta på sig. I doktrinen har uttalats att faktum att motiven inte ger någon klar ledning om hur inneboende särskiljningsförmåga uppstår för bokstavsmärken, och hur den skall bedömas, har medfört betydande osäkerhet hos registreringsmyndigheten.[188] Därför har PRV – i motsats till PBR – under lång tid vidhållit kravet på uttalbarhet som ord och uttryckligen eller underförstått utgått ifrån att frånvaro av sådan innebar avsaknad, d.v.s. total frånvaro, av särskiljningsförmåga, ”tydligen dock utan att inse att man därigenom implicit krävde ordkaraktär hos bok-

[184] Besvärsavd. mål 59/68 (J); jfr de liknande besluten av Besvärsavd. mål 64/69 (Ö), Besvärsavd. mål 163/71 (I) och Besvärsavd. mål 26/71 (Z). I det sistnämnda avgörandet ansågs märket inte kunna registreras på grund av bristande inarbetning.

[185] Jfr Holmqvist i NIR 1996 s. 45 och 51.

[186] Jfr Koktvedgaard/Wallberg s. 43.

[187] Ds 1992:13 s. 95; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 443.

[188] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 443; Holmqvist i NIR 1996 s. 45. Härtill bör emellertid påpekas att utrymmet för lagstiftaren att i motiven ändra kurs, är synnerligen begränsat, med tanke på att reformen avsåg implementering av EG-rätt.

stavsmärken."[189] Detta har givetvis betydelse för kännetecknets *referens* och *mening*. Medan ett ord i sig kan ha en ursprunglig *referens* med därtill hörande *mening*, kan ju en bokstavskombination i sig inte ha en direkt *primärreferens*, men väl viss *mening*. Ordet *Quwait refererar* ju således till ett land, något som knappast bokstavs- och sifferkombinationen *Q8* gör.[190]

> *Holmqvist* konstaterade också att ett bokstavsmärke, liksom ett ordmärke, skulle ställas samman med beteckningen på det angivna varuslaget, varefter den semantiska relationen mellan bokstavsmärke och varuslag skulle bedömas. Det stod då genast klart att skillnaden mellan å ena sidan en bokstavskombination som inte kunde uttalas som ett ord och å andra sidan ett ur språket hämtat appellativ för att beteckna ett varuslag, bestod i att den förra, i motsats till de senare, i de flesta fall inte hade någon (primär)betydelse, liksom fallet var t.ex. med datoralstrade ord som visserligen kunde utläsas som ord, men som saknade primärbetydelse och således var betydelselösa. Bokstavskombinationen betecknade alltså inget begrepp, utan var en betydelsetom bokstavssekvens, oavsett om den i och för sig var uttalbar som ord och då faktiskt bildade ett (betydelsetomt) ord, eller om den måste läsas bokstavsvis.[191]

Det kan ur semantisk synvinkel, anses anmärkningsvärt att högre krav på särskiljningsförmåga har ställts på bokstavs- och sifferkombinationer, eftersom sådana, på grund av avsaknad av *primärreferens*, teoretiskt sett har större särskiljningsförmåga än ordvarumärken med *primärreferens*.[192]

Även om en nationell registreringsmyndighet inte är uttryckligen tvungen att följa den praxis som utvecklas för registrering av Europavarumärken, blir den nationella registreringsmyndigheten ändå *de facto* nödgad att anpassa sig till denna praxis. Det blir den naturliga följden

---

[189] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 443 f.; Holmqvist i NIR 1996 s. 44 och 46. Se vidare av Holmqvist redovisad registreringspraxis i Varumärkens särskiljningsförmåga s. 453 ff.

[190] Jfr varumärken av slaget *Kåbe* och *Esselte*, vilka som kännetecken således synes få den primära *referensen* till bokstäverna *K* och *B* respektive *S*, *L* och *T*.

[191] Holmqvist i NIR 1996 s. 46.

[192] Jfr op. cit. s. 47 ff.

av att förutsättningarna i art. 4 och 7 i EGs varumärkesförordning motsvarar dem i direktivets art. 3. Den nationella registreringsmyndigheten måste ju, hur som helst följa direktivet.[193] Av det skälet har PBR på ett påtagligt sätt under senare tid beaktat utvecklingen i registreringspraxis vid OHIM och av särskild betydelse blir de riktlinjer (*Examination Guidelines*) som sedan 1996 klargör hur EG-förordningen i praktiken kommer att tillämpas vid OHIM.[194] Där har angivits att trebokstavsmärken kan vara registrerbara under förutsättning att de inte anses bara beskrivande för de varor som märket avser eller i övrigt inte är föremål för ett frihållningsbehov.[195] Ett av de tydligaste exemplen på denna anpassning till rättsutvecklingen i Europa utgör det avgörande av PBR, där registrering av ett kännetecken bestående av tre bokstäver (*RSL*) godkänts utan krav på visad inarbetning.[196]

> PBR konstaterade att anpassningen till Varumärkesdirektivet innebar att det särskilda kravet på inarbetning som förutsättning för registrering av bokstavs- och siffermärken, slopats. I praxis hade ändringen inneburit att bokstavsmärken – utan krav på fullbordad inarbetning – kunnat registreras under förutsättning att de använts i sådan omfattning att bristen på den ursprungliga särskiljningsförmågan avhjälpts. Varumärken hade olika särprä-

[193] Det följer av den princip som Haertel på motsvarande sätt inom patenträttsområdet kallade för *kall harmonisering*, d.v.s. att praxis utvecklas lika regionalt och nationellt, trots att de nationella domstolarna inte har någon formell skyldighet att följa regional praxis (se Haertel, 10 Jahre europäishe Patentübereinkommen s. 34). Regeringsrätten har i sin praxis också givit uttryck åt denna princip. I RÅ 1999 ref. 20 (L 10) och RÅ 2003 ref. 74 (R1) (se strax nedan) slog domstolen fast att rättsutvecklingen på det nationella planet så långt som möjligt borde ske under hänsynstagande till rättstillämpningen i övriga EU/EES-länder. Den registreringspraxis som utvecklats vid OHIM och dess besvärsavdelningar konstaterades vara av särskilt intresse.

[194] Jfr PRVs principförklaring om bedömning av bokstavs- och sifferkombinationer i bilaga till Svensk Varumärkestidning den 23 maj 1997 där det klargjordes att märken som bestod av tre bokstäver eller kombinationer av bokstäver och siffror normalt skulle anses registerbara. Undantag skulle gälla för sammanställningar, vilka av någon anledning behövde frihållas. Beträffande märken som bestod av enbart siffror eller kombinationer av två bokstäver eller av en bokstav och en siffra, skulle fortsättningsvis krävas bevisning om användning i sådan utsträckning att det märket förvärvat särskiljningsförmåga (se Varumärkens särskiljningsförmåga s. 482 f.).

[195] Se Varumärkens särskiljningsförmåga s. 484; Randes i NIR 1998 s. 125.

[196] PBR mål 98-017 (RSL).

gel. Många bokstavs- och siffermärken torde i praktiken ha sämre inneboende särskiljningsförmåga än t.ex. ordmärken, eftersom de normalt inte skapade ett starkt visuellt och fonetiskt intryck, vilket var lätt att minnas. Att tillåta registrering av en enstaka bokstav eller siffra, skulle emellertid i alltför hög grad kunna hindra andra att använda tecknet i fråga. Vid en sammanställning av två bokstäver eller siffror, ökade dock antalet möjliga kombinationer så pass mycket att det inte skulle föreligga ett frihållningsbehov och än mindre vid en kombination av tre tecken. Beskrivande beteckningar skulle dock hållas fria, såsom t.ex. *CD* (*compact disc*). PBR ansåg också att rättsutvecklingen på det nationella planet, så långt möjligt, borde ske under hänsynstagande till rättstillämpningen i övriga europeiska medlemsländer. Av särskilt intresse var den registreringspraxis som utvecklas vid OHIM. Det framstod därvid som ändamålsenligt att tillämpa en huvudregel, enligt vilken sådana märken som bestod av minst tre bokstäver eller tre siffror, i och för sig skulle anses ha för registrering erforderlig särskiljningsförmåga. Om särskilda omständigheter förelåg, borde även märken som bestod av en kombination av en bokstav och en siffra, kunna godtas som tillräckligt särpräglade.

Praxis enligt detta avgörande befästes sedermera av RegRn i ett avgörande angående registrering av märkena *L 10*, *L 11* och *L 12*, avseende religiösa och prästerliga tjänster.

Med hänvisning till PBR, konstaterade RegRn att det fanns anledning att även i Sverige i viss utsträckning godta bokstavs- och siffermärken som registrerbara i sig. PBR hade därvid funnit det ändamålsenligt att tillämpa en huvudregel, enligt vilken sådana märken som består av minst tre bokstäver eller tre siffror i och för sig skall anses ha för registrering erforderlig särprägel. Vidare borde också märken som bestod av en kombination av bokstäver och siffror och som innehöll minst tre tecken i regel anses ha tillräcklig särprägel. Med denna utgångspunkt fann RegRn att märkena *L 10*, *L 11* och *L 12* fick anses ha förutsättningar att praktiskt fungera som kännetecken. De var inte beskrivande för de tjänster som de avsåg och inte heller i övrigt förelåg – såvitt framkommit – något frihållningsbehov. Det förelåg således inte något hinder mot att registrera märkena på grund av bristande särskiljningsförmåga.

Därefter har kravet på särskiljningsförmåga ytterligare luckrats upp så att nu också tvåbokstavsmärken kan registreras även utan visad inarbetning. Detta framgår av RÅ 2003 ref. 74 (R1), där märket *R1* för filtercigaretter i klass 34 ansågs uppfylla tillräckliga krav på särskiljningsförmåga.[197]

> RegRn konstaterar att märket *R1* hade ansetts registrerbart i det stora flertalet av medlemsstaterna inom EU och EES, bland annat i Danmark, Finland och Norge. Enligt OHIMs besvärsavdelning utgjorde det förhållandet att ett varumärke bestod enbart av två tecken inte i sig registreringshinder, utan skulle bedömas på samma sätt som andra märken, d.v.s. att avgörande skulle vara enbart om märket kunde anses ha inneboende särskiljningsförmåga. Domstolen anslöt sig därför till de övriga nordiska ländernas bedömning och fann att varumärket hade förmågan att individualisera innehavarens varor. Märket hade därför tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registreras.[198]

I den nordiska doktrinen har också pekats på att många sifferkännetecken kan uppfattas som vikt- eller måttangivelser.[199] Enligt 13 § första stycket VmL får ju ett märke inte registreras om det uteslutande eller med endast mindre ändring eller tillägg anger bland annat varans art, beskaffenhet, mängd, användning eller pris.

4.3.5 Geografiska ord

Rena *ursprungsangivelser* är inte ägnade att fungera som varukännetecken, men även om det faktiska ursprunget inte har någon primär varukänneteckensrättslig funktion, kan en ort eller en geografisk plats få särskiljningsförmåga genom inarbetning, t.ex. *Mölnlycke*, *Husqvarna* eller *Chiemsee*. Enligt 13 § första stycket VmL, får ett märke som uteslutande eller med endast mindre ändring eller tillägg anger varans geo-

---

[197] Se om avgörandet Björnheden i NIR 2004 s. 197 ff.

[198] Jfr PBR mål 00-244 (LC), där PBR i plenum ansåg att kännetecknet LC, oberoende av inarbetning, hade tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registrerars.

[199] Koktvedgaard/Wallberg s. 46; jfr det absoluta registreringshindret i 13 första stycket VmL.

grafiska ursprung, inte registreras. Bestämmelsens motsvarighet finns i Varumärkesdirektivets art. 3.1 c och Varumärkesförordningens art. 7.1 c.

När det gäller geografiska ord måste man observera skillnaden mellan sådana som används rent suggestivt, sådana som har en direkt koppling till det faktiska ursprunget och sådana som är avsedda att ange eller antyda ett geografiskt ursprung.[200] Till den första kategorin hör användning som kännetecken av namn på avlägsna och exotiska platser, såsom t.ex. *Bajkal* och *Mont Blanc* (jfr strax nedan).[201] Till den andra kategorin hör namn på orter som sedan länge förknippas med fabrikation av varor av en viss näringsidkare inom orten, såsom *Mölnlycke*, *Emmaljunga* eller *Husqvarna*.[202] Till den tredje kategorin hör användning av geografiska ursprungsbeteckningar, såsom *Cognac* eller *Parmaskinka*,[203] vilka i sig kan tillförsäkras ett skydd *sui generis* i enlighet med EGs förordningar inom området (se härom vidare nedan s. 238 ff.).

Den semantiska skillnaden mellan de olika kategorierna av geografiska ord är väsentlig och avser olika aspekter av såväl *referens* som *mening*. Medan tanken bakom användning av den första kategorin närmast är att utnyttja det *meningsinnehåll* som finns i ett visst geografiskt område, finns det i fråga om den andra kategorin snarast ett intresse av att skapa en koppling – ett *referensförhållande* – mellan kännetecken och den geografiska platsen i fråga. För den tredje kategorin tillkommer ytterligare aspekter i form av ett intresse också av att skapa särskilda *meningsaspekter* knutna till de kvaliteter och egenskaper som varor av visst slag från den geografiska platsen har förvärvat.

Rättsligt sett föreligger också skillnader. Medan de skilda problem som berör de två första kategorierna är närmast av så att säga grundläggande varukänneteckensrättsligt slag, d.v.s. en fråga om särskiljningsförmåga och konkurrens om ensamrätten till kännetecken, avser den tredje närmast frågan om *vilseledande* om *ursprung* med de *egenskaper* som ursprunget för med sig (varom mera nedan avd. 4.5.2 och 6.2.2).

---

[200] Jfr ”Made in Sweden” s. 11.
[201] Se Åndsretten s. 424; jfr Immaterialrätt s. 201; Oversikt s. 54.
[202] Se Åndsretten s. 443.
[203] Se härom allmänt ”Made in Sweden”.

Det kan här vara värt att observera att registreringshindret i 13 § andra stycket VmL för märken, vilka uteslutande eller med endast mindre ändring eller tillägg anger varans geografiska ursprung, således synes gälla för samtliga tre kategorier av geografiska ord, d.v.s. så länge de anger varans geografiska ursprung. Trots det, har det ansetts möjligt att registrera geografiska ord av såväl den första som den andra kategorin, vilket ytterst har att göra med att orden kan förvärva *mening* som får angivandet av den geografiska platsen att träda tillbaka till förmån för en ny *mening* i ett kommersiellt ursprung. En förutsättning för den andra kategorin är emellertid att det föreligger ett faktiskt samband mellan kännetecknet och det geografiska ursprunget. Eljest kan det uppfattas som vilseledande och förbjudas enligt 14 § första stycket 2 VmL, d.v.s. att det är ägnat att vilseleda allmänheten, liksom enligt 35 § andra stycket VmL och 6 och 8 a § MFL (jfr nedan avd. 6.2–3).

Enligt *Holmqvist* intog geografiska benämningar en särställning bland de deskriptiva kännetecknen. De illustrerade hur specifikt det kännetecknsrättsliga disitinktivitetsbegreppet var konstruerat. Lingvistiskt sett individualiserade alla geografiska namn ett visst geografiskt begrepp – en ort, en flod, ett berg o.s.v. Kännetecknsrättsligt skulle emellertid inte alla geografiska namn ha individualiseringsförmåga, eller rättare sagt, de ansågs individualisera *fel* begrepp, det geografiska, därför att detta inte angav det kommersiella ursprunget som var ett företag, en näringsidkare – inte en ort eller annat geografiskt begrepp. Den geografiska deskriptiviteten förutsatte inte nödvändigtvis att varorna i fråga tillverkades i den ort eller inom det område som betecknades med det geografiska namnet. Deskriptivitet i kännetecknsrättsligt avseende ansågs emellertid inte föreligga vid alla geografiska benämningar. Detta gällde t.ex. namn på berg (*Mont Blanc*) eller floder (*Temsen*).[204] Följaktligen kunde namn på sådana geografiska begrepp principiellt registreras, utan att behöva inarbetas som varukännetecken. Liknande bevekelsegrunder låg enligt *Holmqvist* bakom svensk registreringspraxis för

[204] Kännetecken som består av namn på berg och sjöar och dyl. behandlas vanligen liberalare. Både *Mont Blanc* (för pennor) och *Bajkal* (för gevär) har kunnat registreras (Immaterialrätt s. 201).

t.ex. namn på gårdar. Den främsta orsaken till denna olika bedömning var tydligen att ortnamnet i allmänhet fungerade som adressuppgift och måste hållas allmänt tillgängligt för detta ändamål, medan namnet på ett berg eller en flod knappast utgjorde en adressbeteckning.[205]

Något starkt krav på inarbetning ställs inte på geografiska namn. Ett exempel som angivits av *Holmqvist* är *Banbury* som kunde registreras efter viss inarbetning, eftersom associationen till det geografiska området ansågs ha försvunnit eller försvagats för varuslaget i fråga. I sin nya betydelse betecknade ordet i stället en maskin utan varje anknytning till orten.[206] Ett särskilt illustrativt exempel i detta sammanhang torde vara orten *Morgongåva* i norra Uppland som trots sitt mycket säregna namn med primär såväl *referens* som *mening* i ordet *morgongåva*, länge förknippades främst med de tröskverk för spannmål som tillverkades där.

Kännetecken som i registreringspraxis ansetts sakna särskiljningsförmåga, är *Waterford*[207] och *Limerick*,[208] vilka båda är namn på irländska grevskap och städer. Däremot har varumärket *Chesterfield* kunnat registreras, trots att *Chesterfield* är namnet både på en ort i Storbritannien och en ort i USA.[209] Likaså har ordet *Kosta* som ju är namnet på en ort i Småland, medgivits registrering, eftersom ordet genom omfattande användning erhållit särskiljningsförmåga.[210] Mot den ansökan invände *Glassliperiernas Branschförening*, som motsatte sig att ordet *Kosta* med absolut ensamrätt skulle förbehållas sökanden. Branschföreningens medlemmar ansågs också ha ett legitimt behov av att kunna använda ordet *Kosta* såsom adressuppgift och ursprungsbeteckning. Det kunde därför ifrågasättas om en annan tillkommande rätt till ortnamnet var förenlig med märkets registrering såsom varumärke när det gällde näringsidkare i samma bransch. PBR, som emellertid inte tog hänsyn till dessa argument, konstaterade att ordet *Kosta* var ett för *Glasbruket Kosta* inarbetat kännetecken för glasvaror.

[205] Holmqvist i NIR 1975 s. 270.
[206] Loc. cit.
[207] Besvärsavd. mål 37/1968 (Waterford).
[208] Besvärsavd. mål 185/1969 (Limerick).
[209] RÅ 1985 Ab 8 (Chesterfield); jfr Immaterialrätt s. 201.
[210] Besvärsavd. mål 12/1964 (Kosta).

I anslutning till det ovan anförda, bör ånyo beröras EG-domstolens mycket uppmärksammade s.k. *Chiemsee*-avgörande,[211] som gällde rätten att använda ordet *Chiemsee* som varumärke för sportkläder och sportartiklar m.m. Till saken hör att *Chiemsee* är en bayersk sjö några mil utanför München, vilken för Münchenbor utgör ett synnerligen populärt och attraktivt rekreationsområde där man utövar bland annat segling och brädsegling. Bakgrunden var att det vid Chiemsee etablerade företaget *Windsurfing Chiemsee*, som sålde sportkläder och skor samt andra sportartiklar, hade använt beteckningen *Chiemsee* för sina varor. Den tyska registreringsmyndigheten hade emellertid ansett att ordet *Chiemsee* utgjorde en beteckning som användes för att visa det geografiska ursprunget, vilket innebar att den inte kunnat registreras som varumärke. Kombinerade ord- och figurmärken innehållande ordet *Chiemsee* hade dock kunnat registreras. I det aktuella målet gjorde *Windsurfing Chiemsee* gällande att två andra företag inte hade rätt att använda sig av beteckningen *Chiemsee*, trots att tecknen på deras varor inte hade samma grafiska form som tecknen på sökandens varor, eftersom det fanns risk för förväxling med sökandens beteckning *Chiemsee* som företaget ansåg vara känd i handeln. Den tyska domstolen (Landesgericht München) begärde förhandsbesked av EG-domstolen om direktivets art. 3.1 c skulle förstås så att det var tillräckligt om det fanns *möjlighet* att använda en beteckning för bestämning av geografiskt ursprung, eller om denna möjlighet konkret måste ligga nära till hands, eller om det dessutom måste finnas ett behov av att använda denna beteckning för att på ifrågavarande varor hänvisa till det geografiska ursprunget, eller om det därutöver måste finnas även ett särskilt behov av att använda denna ursprungsbeteckning, t.ex. därför att varor av detta slag som tillverkades i en viss region, åtnjöt ett särskilt anseende. Vidare frågades om omständigheten att varumärkets rättsverkan var begränsad på sätt som avses i direktivets art. 6.1 b, hade någon betydelse för om en vidsträckt eller restriktiv tolkning av art. 3.1 c skulle göras i fråga om geografiska ursprungsbeteckningar samt om de geografiska ur-

[211] De förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee).

sprungsbeteckningar som anges i art. 3.1 c, avsåg endast sådana beteckningar som hänförde sig till varans *tillverkning* på viss ort, eller om det var tillräckligt att handel med varan skedde på denna ort, eller från samma ort, eller om det, såvitt gällde textiltillverkning, var tillräckligt att de formgavs i den angivna regionen, medan tillverkningsprocessen därefter genomfördes på annan ort.

> EG-domstolen anförde att förbud i direktivets art. 3.1 c hade uppställts i syfte att skydda en målsättning av allmänintresse, nämligen att beskrivande tecken och upplysningar om de kategorier av varor eller tjänster som är föremål för registreringsansökan skall kunna användas fritt av alla (p. 25). Beträffande tecken och upplysningar som kunde användas för att visa det geografiska ursprunget, i synnerhet geografiska namn, förelåg det ett allmänintresse att undvika ensamrätt. Sådana tecken och upplysningar var nämligen lämpliga för att dels eventuellt lyfta fram kvaliteten och andra egenskaper hos de berörda kategorierna av varor, dels att på olika sätt influera konsumenternas preferenser, t.ex. genom att förknippa varorna med en plats som kan väcka positiva känslor (p. 26). Domstolen sammanfattade svaret på de frågor som den tyska domstolen ställt i anslutning till art. 3.1 c så att direktivet inte enbart föreskrev ett förbud mot att geografiska namn registreras som varumärken i de fall när de anger platser som enligt omsättningskretsens uppfattning hade ett samband med den berörda kategorin av varor, utan även sådana namn som i framtiden kunde komma att användas som en geografisk ursprungsbeteckning för aktuella varor. Om det geografiska namnet enligt omsättningskretsens uppfattning inte hade något samband med varorna, skulle registreringsmyndigheten bedöma om det var rimligt att ett sådant namn enligt omsättningskretsens uppfattning kunde komma att ange ett geografiskt ursprung. I bedömningen skulle hänsyn tas särskilt till i vilken omfattning omsättningskretsen kände till det geografiska namnet samt särdragen för den plats som namnet utpekade och för den berörda kategorin av varor. Sambandet mellan den berörda varan och den geografiska platsen behövde inte nödvändigtvis bero på om varan hade tillverkats på platsen (p. 37).[212]

[212] Jfr härtill det norska avgörandet av Patentstyrets 2. avdeling 8. maj 2000 i sak nr. 7030 (Erfurt).

I senare praxis från PBR har också utvecklingen inom EG-rätten uttryckligen beaktats i bedömningen av geografiska ords registrerbarhet. I ett avgörande, där märket *Alaska* medgavs registrering för bland annat rör och rörkopplingar, åberopade domstolen det ovan berörda *Chiemsee*-avgörandet som skäl för sin bedömning.[213]

> I sina utförliga domskäl konstaterade PBR att bestämmelsen i 13 § första stycket VmL byggde på art. 6^{quinquies} B2 PK och Varumärkesdirektivets art. 3.1 c. Bedömningen av om namnet på en geografisk plats hade kunnat registreras som varumärke hade i svensk rätt gjorts mot bakgrund av de övergripande förutsättningarna för särskiljningsförmåga. Avgörande för om ett sådant namn hade ansetts besitta särskiljningsförmåga, hade därvid varit i vad mån man inom omsättningskretsen uppfattat det som namnet på varans ursprungsort, eller om det funnits anledning att räkna med att det här i landet skulle komma att saluföras varor med angivande av att de hade sitt ursprung i en plats med det aktuella namnet. Namn på länder, distrikt och orter hade i allmänhet ansetts beskrivande, men däremot inte t.ex. namn som varit okända inom omsättningskretsen eller namn som inte rimligen kunnat beteckna den plats som varan kommit ifrån. I svensk rätt hade det huvudsakliga syftet alltså varit att hålla namnet på geografiska platser fria, så att alla som hade haft ett behov av det kunnat ange att deras varor haft sitt ursprung i en viss plats. Med hänvisning till EG-domstolens uttalande i *Chiemsee*-avgörandet,[214] konstaterade PBR emellertid att EG-domstolen verkade uppfatta att bestämmelsens huvudsakliga syfte var att hålla namn på geografiska platser fria för att de skulle kunna användas som geografiska ursprungsbeteckningar i mer inskränkt mening (jfr härom strax nedan). Därigenom tillgodosågs dock även det ändamål som i första hand legat till grund för tillämpningen av den svenska bestämmelsen, d.v.s. att alla som hade ett behov av det skulle kunna ange att deras varor kom från platsen i fråga. Med EG-domstolens tolkning av art. 3.1 c i Varumärkesdirektivet var det naturligt att i högre grad än tidigare fästa avseende vid den geografiska platsens karaktär och därmed dess förutsättningar att kopplas samman med varor av ett visst slag. PBR konstaterade att ordet *Alaska* i Sverige var välkänt som namnet på en av USAs delstater. Enligt vad utredningen visa-

[213] PBR mål 00-334 (Alaska).
[214] De förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee).

> de, kopplades däremot inte namnet *Alaska*, inom omsättningskretsen för sådana rör m.m. som sökandens märke avsåg, samman med varor av detta slag. Inte heller var det antagligt att denna krets i framtiden skulle komma att koppla samman *Alaska* med sådana varor på grund av deras geografiska ursprung. Vid dessa förhållanden fick märket *Alaska* anses ha tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registreras.

Det kan således konstateras att förbudet i art. 3.1 c, liksom 13 § första stycket VmL, tar sikte på såväl *referens* som *mening*. Det skall för det första inte vara möjligt att få en registrerad rätt till ett ord som snarare *refererar* till en geografisk plats än till ett kommersiellt ursprung. För det andra kan en geografisk plats i sig ha viss *mening*, genom att ordet kan lyfta fram kvaliteten och andra egenskaper hos berörda kategorier av varor, något som således inte heller skall vara förenligt med en ensamrätt, eftersom en sådan *mening* inte har grund i företagets egen verksamhet.

4.3.5.1 Geografiska ursprungsbeteckningar

En fundamental skillnad mellan varukännetecken å ena sidan och geografiska ursprungsbeteckningar å den andra är – trots att de båda kan utgöra skyddade kännetecken – att ursprungsbeteckningarna inte kan innehas med ensamrätt.[215] Geografiska ursprungsbeteckningar syftar ju, till skillnad från varukännetecken, till att särskilja varor med ett visst *geografiskt* ursprung.[216]

> Det som i Sverige normalt kallas *geografiska ursprungsbeteckningar* kan vara av två huvudslag: *ursprungsbeteckningar* och *geografiska beteckningar*. En ursprungsbeteckning (*appellation d'origine*) har, till skillnad från en geografisk beteckning (*indication de provenance*), en kvalitet som nödvändigt följer av förhållanden inom det geografiska området. Förklaringen till denna distinktion finns i att man i Frankrike sedan 1919 skyddar *appella-*

[215] Jfr ”Made in Sweden” s. 12 f.
[216] Op. cit. s. 11; Jfr Nitter i Ånd og rett s. 764.

> *tions d'origines* genom särskild lagstiftning.[217] Eftersom distinktionen inte har fått något reellt genomslag i Sverige, används här av praktiska skäl uttrycket *geografiska ursprungsbeteckningar* generellt för såväl ursprungsbeteckningar som geografiska beteckningar.[218] Den teoretiska skillnaden kan emellertid vara av visst intresse för denna undersökning, eftersom själva egenskaperna har bäring på såväl *referens* som *mening*. Ett skydd för en geografisk ursprungsbeteckning skapar i sig en *referens* såväl till det geografiska ursprunget, d.v.s. varans och beteckningens *primärreferens*, som till de varor som härrör därifrån. Därtill syftar den till att skapa en koppling mellan det geografiska ursprunget och de egenskaper som varan kan förmedla. d.v.s. en *mening* som förknippas med varan. Inarbetning av en vara med detta ursprung ger således på sikt ett kvalitativt egenvärde åt själva ursprunget.[219]

Ett visst skydd för geografiska ursprungsbeteckningar ges enligt art. 10 PK. Relativt utförliga regler om sådana ges också enligt art. 22–24 i TRIPS-avtalet. Enligt avtalets art. 22.1 skall med *geografiska ursprungsbeteckningar* avses, beteckningar som anger att en vara har sitt ursprung i en medlems territorium, eller i en region eller ort inom detta territorium, om varans egenskaper, rykte eller andra karaktäristiska egenskaper i huvudsak kan hänföras till dess geografiska ursprung.[220] Enligt art. 22.3 skall en medlemsstat, antingen på eget initiativ, eller efter framställning av berörd part, vägra eller ogiltigförklara registrering av ett varumärke som innehåller eller består av en geografisk ursprungsbeteckning för varor som inte har sitt ursprung i det angivna territoriet, om användningen av beteckningen i varumärket för sådana varor i medlemsstaten är av sådan karaktär att den vilseleder allmänheten om det riktiga ursprunget (jfr angående vilseledande om geografiskt ursprung

---

[217] Se "Made in Sweden" s. 11.

[218] Jfr härtill Levin som i stället använt uttrycken *ursprungsbeteckningar* för *indications de provenance* och *ursprungskännetecken* för *appellations d'origine* (se "Made in Sweden" s. 11.). I den svenska juridiska doktrinen har på liknande sätt också skilts mellan okvalificerade och kvalificerade ursprungsangivelser, där de senare är förbundna med kvalitetsegenskaper (se t.ex. Bernitz, Marknadsrätt (cit. Marknadsrätt) s. 436.

[219] Jfr Härtill Nitter i Ånd og rett s. 764

[220] Jfr Loc. cit.

nedan avd. 4.5.2 och 6.2.2). Skyddet skall enligt art. 22.4 tillämpas mot en geografisk ursprungsbeteckning som, trots att den är formellt korrekt med avseende på territoriet, regionen eller orten där varorna har sitt ursprung, felaktigt ger allmänheten intryck av att varorna har sitt ursprung i ett annat territorium. Dessutom finns särskilda konventioner om geografiska ursprungsbeteckningar. Här kan nämnas dels 1891 års *Madridöverenskommelse angående undertryckande av oriktiga ursprungsbeteckningar å handelsvaror*, vilken Sverige tillträtt, dels den s.k. *Lissabonöverenskommelsen om skydd för ursprungsbeteckningar och sådanas internationella registrering* av år 1958, vilken Sverige dock inte tillträtt.

Det absoluta hindret mot registrering av ett märke som anger ett geografiskt ursprung enligt 13 § första stycket VmL, kan på visst sätt anses som ett komplement till de gemenskapsförordningar om skydd för geografiska ursprungsbeteckningar som i dag gäller för skilda varuslag, eftersom förordningarna inte innehåller några sanktioner. Lagen om skydd för beteckningar på jordbruksprodukter och livsmedel kompletterar emellertid EGs primära förordning inom området: *förordningen om skydd för geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel*.[221] Enligt art. 2.2 a i förordningen avses med *ursprungsbeteckning* namnet på en region, en ort eller i undantagsfall ett land, använt för att beskriva en jordbruksprodukt eller ett livsmedel

- som härstammar från ifrågavarande region, ort eller land, och
- *vars kvalitet eller egenskaper helt eller väsentligen beror på viss geografisk omgivning med de naturliga och mänskliga faktorer som därtill hör och vars framställning, bearbetning och beredning äger rum* i det ifrågavarande geografiska området.

Med *geografisk beteckning* förstås enligt förordningens art. 2.2 b namn på en region, en ort eller i undantagsfall ett land, använt för att beskriva en jordbruksprodukt eller ett livsmedel

[221] Rådets förordning nr 2081/92 (EEG) av den 14 juli 1992 om skydd för geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel. Se härom Hansen i UfR 1997 s. 447 ff.

- som härstammar från ifrågavarande region, ort eller land, och
- *som besitter viss kvalitet, har visst anseende eller äger viss annan egenskap som kan hänföras till detta geografiska ursprung och som framställs, bearbetas och bereds* i det ifrågavarande geografiska området.

För att kunna skyddas som geografisk ursprungsbeteckning, måste ansökan härom inges till den medlemsstat inom vilken beteckningen är geografiskt belägen (förordningens art. 5.4). För att skydd skall kunna ges, måste produkten eller livsmedlet överensstämma med en särskild produktspecifikation (förordningens art. 4). Om ingen invändning framställs till EG-kommissionen, skall beteckningen införas i ett register: *Register över skyddade ursprungsbeteckningar och skyddade geografiska beteckningar* (förordningens art. 6.3 och art. 7). Varje medlemsstat har ett kontrollorgan med uppgift att säkerställa att jordbruksprodukter och livsmedel som bär en skyddad beteckning uppfyller de krav som fastställts i produktspecifikationen (se förordningens art. 10). I Sverige är det Livsmedelverket som tar emot och kontrollerar ansökningar om registrering av geografiska ursprungsbeteckningar (2 § lagen om skydd för beteckningar på jordbruksprodukter och livsmedel, m.m. och 2 § förordning (1995:1345) om skydd för beteckningar på jordbruksprodukter och livsmedel, m.m.). Emellertid får en geografisk ursprungsbeteckning inte registreras om den, med hänsyn till ett varumärkes anseende och renommé och den tid som det har använts, är ägnad att vilseleda konsumenten om produktens rätta identitet (direktivets art. 14.3).

Förordningen om skydd för ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel är enligt art. 1.2 inte tillämplig på *vinprodukter* eller *spritdrycker*, utan kompletteras i stället av Rådets förordning nr 1493/1999 av den 17 maj 1999 om den gemensamma organisationen av marknaden för vin samt Rådets förordning nr 1576/89 av den 29 maj 1989 om allmänna bestämmelser för definition, beskrivning och presentation av spritdrycker.[222] Förordningarna har implementerats bland annat genom alkohollagen, enligt vars 4 kap. 13 § det är förbjudet att använda oriktiga eller vilseledan-

[222] Se om förordningarna även Levin i Maträtt, 2:a utökade upplagan, 1994 s. 57 ff.

> de ursprungsbeteckningar, genom vilka dryckerna direkt eller indirekt anges vara frambragta eller tillverkade i den främmande staten eller i en region eller ort i den främmande staten. Detta gäller även om det äkta ursprunget anges eller om beteckningen används bara i översättning eller åtföljs av uttryck som ”art”, ”sort”, ”typ”, ”kopia” eller liknande uttryck.[223] En handling som strider mot 4 kap. 13 § andra stycket alkohollagen, skall enligt 4 kap. 13 § tredje stycket alkohollagen vid tillämpning av MFL anses vara otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare (jfr nedan s. 448).

I ett i sammanhanget intressant norskt avgörande var fråga om registrering och användning av varumärket *Mozell* för mineralvatten kunde anses strida mot den registrerade geografiska ursprungsbeteckningen *Mosel* för vin.[224]

> Enligt den förstevoterande, var det vanskligt att tänka sig att ordmärket – använt för alkoholfria drycker – skulle vara ägnat att skapa en oriktig föreställning om en anknytning till Mosel som ortsnamn eller ursprungsbeteckning. Ordmärket skilde sig klart från Mosel, både i skriftbild och uttal. Att det låg närmare den engelska och franska beteckningen *Moselle*, kunde inte vara av någon väsentlig betydelse. Allmänheten borde uppfatta ordmärket som ett fantasimärke som förvisso kunde skapa vissa associationer till Mosel, och Moselvin. Den förstevoterande kunde dock knappast se vilka oriktiga föreställningar som ordmärket skulle kunne framkalla. Att det skulle kunna vara Moselvin, kunde dock bortses ifrån.[225]

4.3.6 Slagord

Med *slagord* eller *slogans* förstås satser eller specifika uttryck som avser att inpränta något hos allmänheten.[226] I regel utgör de ett direkt eller indirekt omdöme om varan eller företaget eller en uppmaning till kunden.[227] Enligt *Holmqvist* var slagord oftast en elliptisk sats eller fras som

[223] Jfr härtill art. 23 i TRIPS-avtalet.
[224] Rt. 1995 s. 1908 (Mozell).
[225] Se om avgörandet Nitter i Ånd og rett s. 767.
[226] SOU 1958:10 s. 95 och 220.
[227] Op. cit. s. 220; jfr s. 215.

uttalade en uppmaning eller omdöme, men kunde också mycket väl bestå av några få ord eller t.o.m. ett enda ord.[228]

Det som typiskt sett skiljer *slagord* eller *slogans* från vanliga ordkännetecken är att medan ett ordkännetecken vanligen är en individualbenämning för en vara eller tjänst, är ett slagord typiskt sett ett särskilt reklammedel för en vara som redan finns i marknaden under ett visst annat ordkännetecken.[229] De har mer prägel av yttringar än av märken.[230] Denna modala skillnad mellan ordkännetecken i traditionellt hänseende och slagord har bidragit till att man i Sverige länge har intagit en restriktiv hållning till möjligheten att få kännetecknensrättsligt skydd för slagord. Man har befarat att slagordsregistreringar i för stor grad kunde inkräkta på envars frihet till språket, och därför kunna föranleda förvirring och olägenhet för näringslivet.[231] I 1958 års motiv framfördes att slagord ofta var beskrivande eller berömmande och att därför särskiljningsförmågan i och för sig var ringa. Enligt *v. Zweigbergk* hade det sagts att slagord som regel blott var ”ett omdöme om ett företags varor eller företaget själv.”[232] En annan motivering mot slagordens skyddsförtjänthet var att sådana inte uppfattades som en benämning på en viss vara och att de därför inte var varumärken i egentlig bemärkelse.[233]

En ursprungligen restriktiv praxis i Sverige utvecklades mot mitten av 1900-talet till en total *vägran* att godkänna registrering av slagord eller uppmanande satser.[234] Slagorden registrerades således inte ens om de kunde sägas ha särskiljningsförmåga eller kunde anses ha blivit inarbetade.[235] Sedermera kom emellertid inarbetade slagord att kunna skyddas enligt 9 § IKL.[236] I och med 1960 års VmL infördes i 2 § andra

[228] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 483.
[229] SOU 1958:10 s. 216; Varumärkens särskiljningsförmåga s. 429.
[230] Oversikt s. 64.
[231] v. Zweigbergk i NIR 1952 s. 86.
[232] Se op. cit. s. 86.
[233] Heiding s. 144; jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 429.
[234] Illustrativt kan vara RÅ 1939 not. H. 78 där RegRn avslog registrering av slagordet *Rätt blötlagd till hälften tvättad.*
[235] v. Zweigbergk i NIR 1952 s. 84 f.
[236] Jfr Heiding s. 144 och Varumärkens särskiljningsförmåga s. 430.

stycket en särskild preciserande bestämmelse, där det angavs att näringsidkaren *genom inarbetning* förvärvade ensamrätt *jämväl* till slagord eller annat i näringsverksamhet använt särskilt varukännetecken.

Ett generellt problem med slagord har varit att dra gränsen mellan slagord och andra ordkännetecken.[237] Enligt *v. Zweigbergk* kunde det finnas vissa tvivelaktiga fall och ett kännetecken av verklig varumärkeskaraktär kunde samtidigt göra tjänst som slagord. Men i normalfallen trodde han att det gick ganska bra att skilja ut slagorden när de hade karaktären av en sats, låt vara ibland stympad.[238] I 1958 års motiv anfördes att om ett uttryck utgjorde en uppmaning eller ett omdöme, borde man räkna med att det var ett slagord, även om det blott utgjorde ett enstaka eller ett fåtal ord. Dock ökade sannolikheten för att ett slagord förelåg i samma mån som uttrycket bestod av flera ord. Ett föregivet ordmärke som bestod av två eller flera ord och som därtill var deskriptivt eller berömmande, torde i regel vara att anse som ett slagord.[239]

Frågan om gränsdragningen mellan slagord och ordkännetecken ställdes på sin spets i ett avgörande av RegRn angående kännetecknet *Må gott* där en tidigare registrering av ordmärket *Mågott* för livsmedel inte ansågs utgöra hinder mot registrering av figur- och ordmärke innefattande orden *Må gott* för bland annat livsmedel, rumsbokning samt arrangerande av konferenser.[240]

> PRV avslog ansökan. Beslutet överklagades till PBR som lämnade besvären utan bifall. Enligt PBR hade sökanden gjort gällande att ordsammanställningen *Mågott*[241] enligt den mothållna varumärkesregistreringen – lika väl som det i sökandens märke intagna uttrycket *Må gott* – måste anses ha klar slagordskaraktär. Eftersom ord och ordkombinationer som var att anse som slagord föll utanför varumärkesbegreppet enligt varumärkeslagens terminologi, och enligt 2 § andra stycket VmL utgjorde s.k. särskilda varukännetecken som under inga förhållanden kunde registreras, var beslutet att re-

[237] SOU 1958:10 s. 95; jfr v. Zweigbergk i NIR 1952 s. 84 och Varumärkens särskiljningsförmåga s. 431; jfr Oversikt s. 67.
[238] v. Zweigbergk i NIR 1952 s. 84; jfr SOU 1958:10 s. 95.
[239] SOU 1958:10 s. 216.
[240] RÅ 1987 ref. 48 (Mågott).
[241] Jfr Besvärsavd. 138/1971 (Mågott).

> gistrera märket materiellt felaktigt. Eftersom ingen inarbetning visades föreligga vid registreringstidpunkten, tillkom registreringen även i strid mot bestämmelsen i 13 § första stycket VmL. RegRn fann att orden *Må gott* med avseende på bolagets varor och tjänster hade en innebörd av allmänt suggestiv karaktär med inslag av beskaffenhetsangivelse och beskrivning. Orden kunde också sägas ha slagordskaraktär. Inte till någon del kunde orden anses ha särskiljningsförmåga. Det registrerade ordmärket *Mågott* borde vid angivna förhållande inte utgöra hinder mot den sökta registreringen. En s.k. *disclaimer* borde emellertid göras för orden *må* och *gott*.

Det kan anses anmärkningsvärt att praxis i fråga om registrering av slagord kom att utvecklas på detta sätt. Det gäller särskilt som den generella trenden i fråga om alla immaterialrättigheter under överskådlig tid har gått mot liberalisering. Anmärkningsvärt nog har, trots faktum att det inte kan föreligga någon faktisk skillnad mellan slagord och andra ordkännetecken, en restriktiv inställning till registrering av slagord vidhållits i doktrinen.[242] Emellertid har några slagordsliknande kännetecken, t.ex. *Torr och glad*, kunnat registreras (jfr ovan s. 218).[243] Typiskt för dem är emellertid att de närmast avsetts att användas som varumärke i sig för en viss vara, d.v.s. inte som tillägg till ett för varan i fråga eljest brukat kännetecken.

I ett modernt kännetecknensperspektiv kan en sådan restriktiv inställning uppfattas som svårmotiverad.[244] På samma sätt som en kombination av bokstäver kan bilda ett ord med särskiljningsförmåga, kan en kombination av ord skapa en *mening* med särskiljningsförmåga. Dessutom är ju många slagord sådana att det knappast kan finnas någon anledning för konkurrenter att göra anspråk på rätten till samma kombination av ord: Slagordet *Kan nån kan Canon* blir ju ganska ointressant för t.ex. *Texas Instruments* (Däremot kanske man kan tänka sig att *Casio* skulle finna visst intresse i att kunna använda slogan *Kan nån kan Ca-*

---

[242] Se Holmqvist i NIR 1987 s. 331 f.

[243] Se vidare Varumärkens särskiljningsförmåga s. 431.

[244] Nämnas bör här att man varken i Danmark eller Norge intagit en lika restriktiv inställning till slagordens skyddsförtjänthet som i Sverige (Se Kobbernagel, Konkurrencens retlige regulering I s. 101 ff. resp. Oversikt s. 68 ff.).

sio.) och *Shell* skulle väl knappast komma att snylta på *Esso* med slagordet *Stoppa en mussla i tanken*. Konstaterandet i motiven att sannolikheten för att ett slagord förelåg i samma mån som uttrycket bestod av flera ord,[245] framstår i detta sammanhang också som paradoxalt, eftersom mängden av ord i sig, tekniskt sett, bör påverka ett kännetecknens distinktivitet.

Eftersom slagord i sig kan återges grafiskt, utmönstrades den särskilda begränsningen för varukännetecknensrättsligt skydd för slagord i och med 1993 års ändringar i VmL. Därmed skulle allmänna principer för särskiljningsförmåga gälla även för dem. Detta ledde snart till en väsentligt generösare registreringspraxis.[246] Värt att uppmärksamma kan vara ett avgörande där PBR,[247] till skillnad från PRV, ansåg slagordet *Tryckta tröjor behöver inte kosta skjortan* besitta erforderlig särskiljningsförmåga. PBR uttalade att märket, utan att vara deskriptivt, anspelade på tjänster som märket var avsett för i sökandens verksamhet på så sätt att det fick anses ha för registrering erforderlig särskiljningsförmåga. I ett senare avgörande[248] ansågs emellertid slagordet *The value of working together* inte uppfattas som kännetecknande för sökandens ifrågavarande tjänster.

> Enligt PBR kunde märket, som kunde översättas till *värdet av att samarbeta*, framstå som en ordsats med karaktären av ett allmängiltigt konstaterande eller påstående. Märket kunde inte anses ha en uppbyggnad eller ett innehåll som fick det att framstå som i sig särskiljande för de med ansökningen aktuella tjänsterna. Domstolen ansåg inte heller att den bevisning om användning till styrkande av inarbetning som förekommit var tillräcklig, eftersom den knappast kunde bedömas vara representativ för omsättningskretsen som helhet. Därför befanns det inte heller klarlagt att märket genom användning kommit att i omsättningskretsen uppfattas som kännetecknande för sökandens ifrågavarande tjänster.

[245] SOU 1958:10 s. 216 (jfr strax ovan).
[246] Se Varumärkens särskiljningsförmåga s. 435 ff.
[247] PBR mål 97-424 (Tryckta tröjor behöver inte kosta skjortan).
[248] PBR mål 97-494 (The value of working together).

Stuevold Lassen har också kritiserat problematiseringen kring slagordens bristande särskiljningsförmåga. Han konstaterade att det i fråga om slagord var originaliteten, fyndigheten eller spänstigheten i formuleringen, humorn eller överraskningsmomentet som blir avgörande när det skall prövas om de skulle kunna registreras, men hur speciellt var det då för slagord? Det gällde ju även för ordkännetecken som inte hade prägel av slagord.[249] Många av dem som i dag omtalas som slagord är i själva verket flerordskännetecken utan deskriptivt innehåll, vilka står i ett fantasimässigt eller eventuellt suggestivt förhållande till de varor som de skall kännetecknа.[250] Motivuttalanden om särskilda krav på fyndighet m.m. behövde enligt *Stuevold Lassen* därför inte läsas som annat och mer än en betoning av att möjligheten att registrera sådana inte skall öppna för deskriptiva uttalanden som inte uppfyller lagens allmänna krav på distinktivitet.[251] *Stuevold Lassens* uttalande speglar helt min uppfattning och även principerna om kännetecknets *mening* och *referens*. Man måste se till slagordets semantiska funktion, inte dess egenskap av att vara just slagord. Därför borde slagord generellt inte kunna uppfattas som en benämning på en viss vara, vilket har ansetts tala för att de inte skulle kunna vara varumärken i egentlig bemärkelse.[252]

4.4 Förväxlingsbarhet

Även om det har ansetts att distinktivitet är kännetecknsrättens föremål,[253] är det enligt min uppfattning svårt att se kravet på särskiljningsförmåga helt isolerat. Ett kännetecken som inte kan *särskiljas* från andras kännetecken (jfr 1 § andra stycket VmL), kan i det perspektivet inte heller anses ha särskiljningsförmåga. Det borde i det fallet inte spela någon faktisk roll vad som ger kännetecknet särskiljande egenskaper. Yt-

[249] Oversikt s. 66.
[250] Se op. cit. s. 67.
[251] Op. cit. s. 68.
[252] Jfr Heiding s. 144.
[253] Kohler, Das Recht des Markenschutzes s. 271; jfr Varumärkeskonflikter s. 178.

terligare stöd för att inte behandla kännetecknsrättens förväxlingsbarhet, såsom eljest brukligt är, inom ramen för dess ensamrätt, kan ges genom en jämförelse med andra immaterialrätter, främst upphovsrätten och patenträtten. Kännetecknsrättens förväxlingsbarhet motsvarar ju på det hela taget bestämmelserna om bearbetning i 4 § URL liksom patenträttens uppfinningshöjdsbegrepp, vilka båda brukar anses utgöra delar av rättens skyddsförutsättningar och objektslära. Man bör därför kunna hävda att *särskiljningsförmåga* och *förväxlingsbarhet* avser två sidor av en och samma sak. Om särskiljningsförmåga är den *positiva* sidan, är förväxlingsbarheten skyddets *negativa* sida, eftersom inte heller ett *förväxlingsbart* kännetecken har förmågan att särskilja varorna från andras – låt vara att det då inte är fråga om egenskaper hos kännetecknet generellt, utan i det enskilda fallet i förhållande till annans kännetecken.[254] Att kännetecken inte får vara förväxlingsbara betyder att de inte får *referera* till tredje mans varor eller kommersiella ursprung. Medan *referensens ena* eller *positiva* sida således utgörs av kopplingen mellan kännetecknet och dess varor eller dess kommersiella ursprung (jfr ovan s. 73 f.), utgör den för kännetecknsrättsligt skydd fundamentala förutsättningen att ett kännetecken inte får vara förväxlingsbart med annan näringsidkares kännetecken *referensens andra* eller *negativa* sida, d.v.s. att kännetecken inte får *referera* till konkurrerande näringsidkare eller konkurrenters varor.

Förväxlingsbarhet innebär, såsom visas nedan, inte bara en bedömning av sammanfallande *referens*, utan i många hänseenden även av kännetecknets *mening*. Kännetecknsrättens förväxlingslära svarar därmed på visst sätt mot semantikens *synonymi* (jfr ovan s. 114 ff.). Om kännetecken anses förväxlingsbara, pekar de ju teoretiskt sett på ett och samma föremål, men i praktiken på två.

När det blev vanligt att märka varor, uppkom snabbt problem med att skilda kännetecknshavare märkte sina varor på samma eller liknande sätt. Omsättningskretsen riskerade att förväxla varorna, eftersom de

[254] Jfr Kobbernagel som konstaterade att hela kännetecknsrätten i verkligheten kunde koncentreras i förväxlingsproblemet (Kobbernagel II s. 205).

fick samma *referens*. Detta var givetvis till skada främst för den förste producenten som helt eller delvis kunde förlora sin marknad, eftersom tillkommande kännetecknenshavare kunde dra nytta av hans individualisering. Skadan kunde också drabba förbrukarna, främst om de konkurrerande varorna inte hade samma egenskaper.[255] Vartefter kännetecknensrätten utvecklades, kom förväxlingsläran i allt större omfattning att utvecklas och förfinas. Producenterna krävde därför skydd, inte endast mot användning av identiska eller liknande varukännetecken för mer eller mindre enahanda varor, utan även mot besläktade varor. Omsättningskretsen kunde eljest få den oriktiga uppfattningen att det förelåg ett visst samband mellan konkurrerande produkter.[256] Det skyddsbehovet kom senare att motiveras av att man kunde komma att vilja utvidga sin produktion till att omfatta också besläktade varor.[257] Utvecklingen gick från skydd mot förväxling av varor till förväxling av företag (jfr ovan s. 39 och s. 79 f. om ursprungsangivelsefunktionens utveckling).[258] Därmed framträder betydelsen av omsättningskretsens eventuella villfarelse i såväl kännetecknenshavarperspektiv som omsättningskretsperspektiv. I dag är det stor trängsel i varumärkesregistren, både i Sverige och utomlands, främst när det gäller kännetecken med *primärmening* (se härom ovan s. 144 f.). Skyddet måste därför begränsas så att kännetecknet får en adekvat skyddszon. Många näringsidkare kan då använda sig av samma eller liknande kännetecken så länge de inte står i ett nära konkurrensförhållande.[259]

Enligt art. 10^{bis} 2 PK är alla handlingar som är av beskaffenhet att på vilket sätt det vara må framkalla förväxling med en konkurrents företag, varor eller verksamheter inom industri eller handel skyddade mot illojal konkurrens. Bestämmelser om förväxlingsbarhet finns också i TRIPS-avtalets art. 16.1, enligt vilken varumärkeshavaren skall ha ensamrätt att förhindra tredje man att, utan innehavarens samtycke, i näringsverk-

[255] Jfr Koktvedgaard/Levin s. 369.
[256] Se Koktvedgaard/Wallberg s. 14.
[257] Loc cit.
[258] Jfr Koktvedgaard/Levin s. 296.
[259] Op. cit. s. 296 f. samt Immaterialretspositioner s. 208.

samhet använda identiskt lika eller liknande tecken för varor eller tjänster som är identiska med eller liknar dem för vilka varumärket har registrerats, om användningen kan leda till *förväxling*. När ett identiskt lika tecken används för identiskt lika varor eller tjänster, skall förväxlingsrisk anses föreligga. De ovan angivna rättigheterna skall inte skada äldre rättigheter och skall inte heller påverka medlemmarnas möjligheter att bevilja rättigheter på grundval av användning.

Den grundläggande principen om förväxlingsbarhet är negativt uttryckt i 4 § första stycket VmL. Där anges att rätten till ett varukännetecken enligt 1–3 §§ innebär att annan än innehavaren *inte* får i näringsverksamhet använda ett därmed förväxlingsbart kännetecken för sina varor, vare sig på varan eller dess förpackning, i reklam eller affärshandling eller på annat sätt, däri inbegripet också muntlig användning. I 14 § VmL anges sedan ett antal registreringsförutsättningar som avgränsar skyddet mot annat som kan pretendera på kännetecknsrättslig ensamrätt. 25 § VmL stadgar också att ett varumärke som registrerats i strid mot bestämmelserna 13 och 14 §§ VmL får hävas, om rätten till märket ändå inte får bestå enligt passivitetsreglerna i 8 eller 9 § VmL och, vad gäller förutsättningarna för användningstvång, enligt 25 a § VmL. Trots att 14 och 25 §§ VmL avser endast registrering och *registreringshinder*, måste förutsättningarna i 14 § VmL ändå anses generellt svara mot vad som kan vinna skydd inom ramen för VmL – även genom inarbetning.[260] Eljest skulle systematiken i VmL raseras.

Av de *absoluta* registreringshindren är det endast 14 § första stycket 1 VmL som tar sikte på förväxlingsbarhet i vid bemärkelse. Där stadgas registreringshinder för märken, vari intagits sådana statliga och kommunala vapen eller internationella beteckningar som enligt särskilda stadganden (t.ex. lagen om skydd för vapen och vissa andra officiella beteckningar) inte får brukas som varumärken. Det är främst samhällshänsyn som står bakom denna punkt. Omsättningskretsen skall inte felaktigt få bibringas uppfattningen att det är ett offentligt organ som står bakom kännetecknet, vilket därmed implicerar ett skydd för *mening*.

[260] Jfr Oversikt s. 90 f.

Samtliga *relativa registreringshinder* avser förväxlingsbarhet av ett eller annat mer specifikt slag. Det för denna framställning mest centrala registreringshindret i enskilt intresse torde vara det som anges i 14 § första stycket 6 VmL. Där stadgas registreringshinder mot varumärken som är förväxlingsbara med någon annans varumärke som är registrerat efter tidigare ansökan eller med någon annans varukännetecken som är inarbetat när ansökan om registrering görs. Där stadgas också registreringshinder för märke som är förväxlingsbart med ett namn eller en firma som någon annan använder i en näringsverksamhet. Enligt 14 § första stycket 4 VmL får ett märke inte heller registreras om det innehåller eller består av något som är *ägnat att uppfattas* som annans firma eller som annans släktnamn, konstnärsnamn eller likartat namn eller annans porträtt, där namnet eller porträttet uppenbarligen inte åsyftar någon sedan länge avliden. Detta gäller även om näringsidkaren inte själv använder namnet, adressen eller firman som varumärke. Regeln gäller också för pseudonymer o.dyl. I hinderkatalogen finns därtill ett stadgande som förbjuder registrering av märken som innehåller något som är ägnat att uppfatta som egenartad *titel* på ett skyddat, litterärt eller konstnärligt verk och märken vilkas innehåll kränker annans *upphovsrätt, fotorätt eller mönsterrätt* (14 § första stycket 5 VmL). Om registrering söks, måste registreringsmyndigheten vid förprövning av relativa hinder således företa en prövning av om det sökta kännetecknet är förväxlingsbart med andra skyddade kännetecken.

4.4.1 Förväxlingsbedömningen

Förväxlingsbarhet är ett juridiskt-tekniskt begrepp och föreligger inte endast i fråga om faktisk förväxling mellan två kännetecken, utan avser en mer komplex sammanvägning av skilda fakta.[261] Även om bevisning om att faktisk förväxling förekommit, inte i sig innebär att kännetecknen är förväxlingsbara, kan sådan naturligtvis spela en betydelsefull roll

[261] Jfr Immaterialretspositioner s. 168, 171; jfr s. 175, där Koktvedgaard utrycker förväxlingsbarhetsbegreppet som en *terminus technicus*.

i det enskilda fallet. Det är således inte ett rättsfaktum i sig.[262] Men även om förväxlingsbarhetsbegreppet är en juridisk-teknisk fiktion, kan det naturligtvis ses delvis som en sakfråga eftersom det bygger på erfarenhet. *Wessman* konstaterade också att gränserna mellan att fastställa ett empiriskt förhållande och innebörden av en rättslig normativ bestämning var suddig och att det inte alltid var klart vad som avsågs med dessa begrepp.[263] Enligt *Wessman* var det kanske också något oegentligt att tala om direkt förväxling när köparen förväxlade två kännetecken och indirekt förväxling när han kunde skilja dem åt, men trodde att varorna hade samma kommersiella ursprung. ”Egentligen rör det sig om direkt förväxling i båda fallen, det vill säga direkt förväxling rörande varornas kommersiella ursprung. Enligt ursprungsprincipen avser ju begreppet förväxlingsrisk inte märkesförväxling eller varuförväxling, utan förväxling rörande det kommersiella ursprunget.”[264] I ett marknadsrelaterat och faktiskt konkurrensperspektiv måste det därför finnas en, i vart fall tänkt, överensstämmelse mellan den kännetecknensrättsliga principen om förväxlingsbarhet och en utesluten risk för faktisk förväxling av ett kommersiellt ursprung.[265]

Det är inte möjligt att fastställa några bestämda regler för när varukännetecken är förväxlingsbara. Risken för förväxlingar påverkas ju *de facto* inte bara av likheten mellan kännetecken och varuslag, utan också av en mängd andra faktorer, såsom kännetecknens särskiljningsförmåga, inarbetningsgrad, praktiska användning, märkeslikhet i skrift och tal, varuslagslikhet, vilken typ av produkter som det är fråga om och omsättningskretsens sammansättning m.m.[266] Enligt *Wessman* kunde en viss brist i likheten mellan märkena exempelvis kompenseras av att

[262] Jfr Oversikt s. 267 f. och lokutionen i norsk rätt att kännetecknet inte skall vara ”egnet til å forveksles”.

[263] Varumärkeskonflikter s. 240.

[264] Op. cit. s. 182 f.

[265] Jfr Immaterialretspositioner s. 170 f; jfr också Kobbernagel, som konstaterade att eftersom märkets föremål var att differentiera d.v.s. att åtskilja den ene näringsidkarens produkt eller verksamhet från andras, måste kännetecknsrättens regler utformas så att förväxling i möjligaste mån undviks (Kobbernagel II s. 205; jfr s. 244).

[266] Jfr Oversikt s. 257 och Koktvedgaard/Wallberg s. 56.

det äldre märket var starkt och varorna mycket lika. Märkena kunde således vara förväxlingsbara även om helhetsbilden i och för sig kunde förefalla olik.[267]

Enligt Varumärkesdirektivets art. 5.1 a har varumärkeshavaren rätt att förhindra tredje man som inte har hans tillstånd, att i näringsverksamhet använda tecken som är *identiska* med varumärket med avseende på de varor och tjänster som är identiska med dem, för vilka varumärket är registrerat och enligt art. 5.1 b har han rätt att hindra annan att använda även tecken som på grund av sin identitet eller likhet med varumärket och identiteten eller likheten hos de varor och tjänster som täcks av varumärket och tecknet kan leda till förväxling hos allmänheten, inbegripet risken för association mellan tecknet och varumärket. Förutsättningarna för förväxlingsbarhet utvecklas i Varumärkesdirektivets preambel p. 10 där det bland annat anges att:

> Skyddet gäller också vid likhet mellan märket och tecknet och varorna eller tjänsterna. Det är nödvändigt att tolka begreppet *likhet* mot bakgrund av risken för förväxling. Grundförutsättningen för skyddet är att det finns en risk för förväxling, och denna måste bedömas mot bakgrund av flera faktorer, särskilt i hur hög grad märket är känt inom marknaden, den association som det använda eller registrerade märket framkallar, graden av likhet mellan märket och tecknet samt mellan de ifrågavarande varorna eller tjänsterna.

Risk för förväxling i det hänseende som avses i direktivets art. 5.1 b, skall enligt EG-domstolen ta sikte på att allmänheten kan tro att varorna eller tjänsterna i fråga kommer från samma företag, eller i förekommande fall från företag med ekonomiska band sinsemellan.[268] I *Lloyd*-avgörandet,[269] som gällde fråga om förväxlingsbarhet mellan kännetecknen *Lloyd* och *Loints* för skor, uttalade EG-domstolen att en förväxlingsbedömning skall ta hänsyn bland annat till varumärkets inneboende egenskaper, inbegripet om det saknade deskriptiva element, om de varor eller tjänster med avseende på vilka det hade registrerats, den marknads-

[267] Varumärkeskonflikter s. 27.
[268] Mål C-342/97 (Lloyd) p. 17, mål C-251/95 (Sabel) p. 16-18, och mål C-39/97 (Canon) p. 29.
[269] Mål C-342/97 (Lloyd).

andel som varumärket innehade, hur ofta, hur länge och på hur stort geografiskt område som det varit i bruk, hur stora investeringar som gjorts för att saluföra det, den andel av omsättningskretsen som tack vare varumärket, kunde ange att varan kom från ett visst företag samt yttranden från handelskammare och andra yrkessammanslutningar.[270]

I det s.k. *LTJ Diffusion*-avgörandet[271] hade EG-domstolen att tolka vad som skall avses med ett *identiskt tecken* enligt Varumärkesdirektivets art. 5.1 a.

> Domstolen anförde bland annat att identitetskriteriet måste tolkas restriktivt. Faktiskt tydde själva definitionen av ordet identisk på att de två jämförda enheterna *på alla punkter* skulle överensstämma. För övrigt skulle det absoluta skydd som medgavs i art. 5.1 a i direktivet inte sträcka sig längre än till de situationer som det var avsett att omfatta, och i synnerhet inte till de situationer som omfattas av ett mer specifikt skydd i enlighet med art. 5.1 b i direktivet (p. 50). Identitet rådde således mellan ett tecken och ett varumärke när det förstnämnda, utan vare sig ändringar eller tillägg, efterbildade samtliga beståndsdelar av det sistnämnda. (p. 51). Likväl måste frågan huruvida identitet rådde mellan ett tecken och ett varumärke avgöras genom en helhetsbedömning i en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsuments perspektiv. Emellertid förmedlade ett tecken ett helhetsintryck till en dylik konsument. Faktiskt hade genomsnittskonsumenten sällan möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena, utan måste förlita sig till den oklara minnesbild som han hade av dem. Dessutom kunde uppmärksamheten variera beroende på vilken kategori av varor eller tjänster som det var fråga om (p. 52). Eftersom intrycket att identitet rådde mellan ett tecken och ett varumärke inte var resultatet av en direkt jämförelse av samtliga karaktäristika hos de jämförda beståndsdelarna, kunde obetydliga avvikelser mellan tecknet och varumärket undgå genomsnittskonsumentens blick (p. 53). Under dessa omständigheter skulle art. 5.1 a i direktivet tolkas så, att ett tecken är identiskt med ett varumärke när det utan vare sig ändringar eller tillägg efterbildar samtliga beståndsdelar av varumärket, eller när det innehåller av-

[270] EG-domstolen hänvisar här till De förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee) p. 51.
[271] Mål C-291/00 (LTJ Diffusion).

vikelser som vid en helhetsbedömning är så obetydliga att de kan undgå genomsnittskonsumentens blick (p. 54).

4.4.1.1 Helhetsintryck och helhetsbedömning

En viktig förutsättning i förväxlingsbedömningen är att det är *helhetsintrycket* av två eller flera kännetecken som skall vara föremål för bedömningen.[272] Helhetsintryckets utgångspunkt som jämförelseobjekt är ju en grundläggande princip inom hela immaterialrätten, såväl som inom marknadsföringslagstiftningens efterbildningsskydd. Det gäller även generellt i Norden.[273] Detta innebär att någon uppdelning av mer eller mindre skyddsvärda delar av kännetecknet inte skall göras. Inte heller kan man ta närmare hänsyn till i sig icke distinktiva bimoment, såsom för firmor ofta förekommande särskiljningsfakta av tekniskt slag.[274] Det är således snarare en fråga om likheten mellan kännetecknen, inte skillnaden som det kommer an på.[275] Principen om helhetsbedömning grundar sig på att marknaden normalt inte gör någon noggrann granskning av enskilda märkens närmare detaljer. De uppfattas som helheter. Så bör domaren också uppfatta dem i en eventuell intrångssituation. I realiteten är principen svår att efterleva, eftersom den motsatsvis tenderar att inte ange annat än att man skall bortse från oväsentliga detaljskillnader.[276] Emellertid kan även en del av ett kännetecken med

[272] Åndsretten s. 456; Heiding s. 87; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 217; Varumärkeskonflikter s. 26; Markedsret s. 142. Se även Kobbernagel II s. 212 och om § 4 nr. 8 i 1936 års danska VmL, enligt vilken bedömningen hänsyn uttryckligen skulle tas till märkena ”i deres helhed, uagtet forskel i enkeltheder”. Jfr angående helhetsintrycket även Koktvedgaard/Wallberg s. 56 f.; för norsk rätts del, se Oversikt s. 342.

[273] Se Koktvedgaard/Levin s. 351; jfr angående norsk rätt Oversikt s. 342 ff. och angående dansk rätt Koktvedgaard/Wallberg s. 15 ff. och passim.

[274] Jfr Kobbernagel II s. 214 ff.

[275] Op. cit. s. 213.

[276] Koktvedgaard/Levin s. 375; jfr Varumärkeskonflikter s. 27 och Koktvedgaard/Wallberg s. 16; jfr även registreringsavgörandena RÅ 1979 Ab 546 (Borro) och RÅ 1991 ref. 10 (MTV) samt från judiciell praxis NJA 1979 s. 121 (BiC).

svag särskiljningsförmåga påverka kännetecknets helhetsintryck.[277] Det gäller även deskriptiva komponenter.[278]

Redan i motiven till 1884 års varumärkeslag uttalades att den avgörande vikten borde läggas vid helhetsintrycket och inte vid de olikheter som möjligen kunde finnas. Om avvikelsen inte var tillräcklig för att ge märket i dess helhet ett annat utseende, var det alldeles likgiltigt att den fanns och vari den bestod, eftersom märkena oberoende därav kom att anses såsom lika. En olikhet i en så viktig del som själva namnet eller firman hindrade därför inte, att märkena kunde anses vara lika, eftersom denna del av märket i förevarande hänseende inte hade annan betydelse än de övriga delarna, nämligen att medverka till totalintrycket. Därav följde att om någon ändrade en annans varumärke på så sätt, att han utbytte dennes däri ingående namn mot sitt eget, denna omständighet ensam inte var tillräcklig för att undgå tillämpning av paragrafen utan att därtill fordrades att genom ändringen märket i sin helhet blev ett annat.[279]

Från svensk administrativ praxis kan nämnas att *Qualigraph* har ansetts förväxlingsbart varken med *Qualivalent* eller *Qualimetric*.[280]

> Enligt RegRn företedde märkena såtillvida likhet, som beståndsdelen *Quali* ingick i samtliga. Mellan slutleden *-graph*, å ena, samt *-valent* och *-metric*, å andra sidan, förelåg emellertid en begreppsmässig skillnad. Slutledet *graph* företedde inte någon likhet i visuellt eller fonetiskt avseende med något av slutleden *valent* eller *metric*. Jämförda i sina helheter, kunde märket *Qualigraph* inte anses förväxlingsbart med något av märkena *Qualivalent* eller *Qualimetric*. Hinder enligt 14 § första stycket 6 VmL förelåg därför inte mot registreringen.[281]

---

[277] Varumärkeskonflikter s. 28.

[278] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 217 f.

[279] 1882 års motiv s. 40.

[280] RÅ 1987 not. 49 (Qualigraph).

[281] Avgörandet har emellertid kritiserats av Wessman (Varumärkeskonflikter s. 28) som ansåg att även om köparen såg skillnaden mellan märkena, kunde likheten (Quali), ge homom uppfattningen att det yngre märket var en variant av det äldre och att varorna marknadsfördes av samma företag eller av två företag med ekonomiska band.

EG-domstolen har också uttryckligen påpekat att det vid prövningen av om det hos allmänheten föreligger en risk för förväxling, är en *helhetsbedömning* som skall göras av samtliga relevanta faktorer i det enskilda fallet.[282] I *Lloyd*-avgörandet (p. 25) preciserade EG-domstolen att helhetsbedömningen enligt direktivets art. 5.1 b skulle företas utifrån risken för förväxling vad gällde de aktuella varumärkenas likhet i bild, ljud eller ord, samt grunda sig på det *helhetsintryck* som varumärkena åstadkom, i synnerhet med hänsyn till deras *särskiljande och mest framträdande beståndsdelar.*

4.4.1.2 Särskilda preferenser

Det har ofta påpekats – främst i doktrinen, men även i praxis – att inte samma måttstock skall användas för alla kännetecken, utan att bedömningen skall differentieras efter varans art och avnämarkretsens preferenser.[283] Alltefter hur man lägger tonvikten vid det ena eller andra, bör bedömningen ske på grund av kännetecknens antagliga skydd och hur märken upplevs i den dagliga varuomsättningen. Varans art får då betydelse, främst genom att man normalt får räkna med betydligt större uppmärksamhet när det rör sig om köp av exklusivare varor än när det rör sig om mer vardagliga föremål.[284] Enligt *Heiding* borde strängare krav på särskillnad uppställas, när beteckningarna brukades för sådana varor som t.ex. sötsaker, vilka var avsedda för en större allmänhet med mindre iakttagelseförmåga, än när köparna utgjordes av en *mindre, mera sak-*

---

[282] Mål C-342/97 (Lloyd) p. 18, Mål C-251/95 (Sabel) p. 22. Anmärkas härtill bör kanske att medan man i svensk rätt, inom kännetecknsrätten, talat om förväxlingsbarhet, förefaller man inom EG-rätten närmast tala om förväxlingsrisk (vilket emellertid anges som *likelihood of confusion* i den engelska versionen av direktivet), en terminologi som, sett till vad det är fråga om, i praktiken visserligen är mer adekvat, men som inom svensk rätt traditionellt ansetts höra hemma närmast i motsvarande marknadsrättsliga bedömningssituationer. I de danska och norska lagarna talas dock uttryckligen om förväxlingsrisk (se Koktvedgaard/Wallberg s. 14 och Oversikt s. 267 f.).

[283] Jfr Koktvedgaard/Wallberg s. 17 och 57.

[284] Se Koktvedgaard/Levin s. 302. Det kan diskuteras om en omvänd regel skall gälla, t.ex. när köparna är barn. Se även det norska registreringsavgörandet av Patentstyrets 2. avdeling 8. desember 1999 i sak nr. 6657 (Metropol).

kunnig krets, t.ex. vid köp av bilar.[285] Vidare togs vid bedömningen av förväxlingsrisken hänsyn till verksamhetens eller varornas art samt, vid firmor och inarbetade kännetecken, dessutom användningsområdet.[286]

För varor, där den personliga smaken har särskilt stor betydelse för valet av produkt, finns ofta en stor medvetenhet hos avnämarkretsen, såsom t.ex. när det gäller kläder, tobak, drycker, parfymer och andra skönhetsmedel. Inom marknadsföringsteori har också introducerats begreppet *brand personality*, varmed avses varumärket uttryckt som en fysisk person med viss personlighet.[287] Varumärket kan i många fall kännas igen som en ”god vän”.[288] Genom den s.k. *Marlboro Man*, har kännetecknets personlighet dragits till sin yttersta spets och givits en egen figur med särskilda personliga attityder och egenskaper. Avsikten är uppenbar, att förbrukaren skall vilja identifiera sig eller sympatisera med kännetecknets personlighet.

En effekt av den personliga preferensens variationer blir att omsättningskretsen också får starkare märkespreferenser inom vissa varuslag än inom andra. Därför kan i registreringspraxis spåras en tendens att se förväxlingsmöjligheterna för vissa varuslag som mindre än för andra. I RÅ 1967:32 (*Valentine*) ansåg t.ex. RegRn till skillnad från underinstanserna, att märket *Valentine* för vin inte var förväxlingsbart med *Ballantine's* för whisky.

> RegRn uttalade härvid att de som brukade köpa vin och Whisky otvivelaktigt nästan undantagslöst både kände till den väsentliga skillnaden i fråga om art och ursprung de båda slagen av drycker emellan och att de ägnade valet av märke intresse och omsorg.

Det torde principiellt sett vara ganska uppenbart att *fackmän* vanligtvis lätt kan skilja mellan skilda varor, även om de i sin dagliga verksamhet kommer i kontakt med relativt likartade kännetecken. Det får således

[285] Heiding s. 88. Heiding hänvisar här bl.a. till 1882 års motiv s. 41 och till Kohler, Warenzeichenrecht s. 163.
[286] Heiding s. 88.
[287] Jfr Keller s. 97 ff.
[288] Jfr Swann/Davies i TMR 1994 s. 276.

inom vissa områden anses vara lättare för den antagna och faktiska omsättningskretsen att uppfatta såväl kännetecknens *referens* som *mening*. Illustrativt kan vara avgörandet RÅ 1979 Ab 546 (Borro), där fråga var om besvär över registrering av ett varumärke bestående av ordet *Borf* för bland annat tänder, skär, gafflar för markberedningsmaskiner och anrikningsmaskiner för gruvdrift i klass 7.

> Enligt PRV var märket förväxlingsbart med det för annan registrerade varumärket *Borro* (i figur) för maskinell geoteknisk utrustning, också det i klass 7. Enligt PBR fanns klar likhet mellan vissa av de varuslag som *Borf* avsåg och det varuslag som *Borro* omfattade. Med hänsyn också till den påtagliga likhet som förelåg mellan märkena, ansågs de förväxlingsbara. *Borro* konstaterades inta en framträdande plats i det kombinerade ord- och figurmärket. RegRn gjorde inte någon ändring.

Avgörandet visar relativt tydligt på svårigheten att anpassa registreringspraxis till verkligheten. Även om man som regel får räkna med en viss överlappning mellan kretsarna i förbrukarledet,[289] och även om geoteknisk verksamhet och gruvdrift kan anses ha väsentlig likhet, torde geotekniker normalt inte komma i kontakt med utrustning för gruvdrift och *vice versa*. Dessutom torde kännedomen om kommersiella ursprung av mer kvalificerad fackutrustning vara så stor att någon förväxling knappast torde uppkomma. En sådan omsättningskrets, torde således ha bildat sig en egen *mening* om kännetecknet i fråga. Dessutom förelåg ju inte någon påtaglig ordlikhet. Belysande i sammanhanget kan kanske också vara RÅ 1981 Ab 68 (Thermoscreen), där fråga var om förväxlingsbarhet mellan det sökta märket *Thermoscreen*, avseende bland annat instrument och apparatur för temperaturregistrering för medicinska ändamål och det mothållna kännetecknet *Thermoline*.

> PRVs beslut fastställdes av PBR, som anförde att varumärket var förväxlingsbart med det äldre märket *Thermoline* för bland annat vetenskapliga apparater och instrument, apparater och instrument för signalering och kontroll samt medicinska apparater och instrument. Särskilt med beaktande av

[289] Jfr Oversikt s. 264.

> den noggrannhet vid valet av dessa varor som kunde påräknas inom avnämarkretsen, ansåg däremot RegRn att märkena inte kunde anses förväxlingsbara trots varuslagslikheten.

Ett liknande senare avgörande med annan utgång är RÅ 1986 not. 369 (Diskhaler) där RegRn således inte beviljade registrering för ordmärket *Diskhaler* avseende medicinska och kirurgiska apparater och instrument samt delar och tillbehör på grund av det mothållna kännetecknet *Misthaler*.

> RegRn anförde att det förelåg klar varuslagslikhet mellan de varor som ansökningen avsåg och dem som omfattas av det i det överklagade beslutet åberopade varumärket *Misthaler*. Det av bolaget sökta märket *Diskhaler* företedde vidare från fonetisk synpunkt så stor likhet med det mothållna varumärket att märkena måste anses vara förväxlingsbara. Varumärket *Misthaler* utgjorde därför hinder mot registrering av märket *Diskhaler*.

I vissa fall har RegRn emellertid tagit hänsyn också till hur märkena skall komma att användas. I t.ex. RÅ 1981 Ab 68 angående frågan om förväxlingsbarhet mellan *Thermoscreen* och *Thermoline* uttalade RegRn att den noggrannhet som kunde påräknas av avnämarkretsen vid valet av de varor för vilka märket söktes, gjorde att märkena inte kunde anses förväxlingsbara, trots varuslagslikheten.

En särskild variant av problemet med kännetecknenslikhet gäller *läkemedel*. Här tycks det vara praxis att receptpliktiga varor kan ha varumärken som enligt vanliga bedömningsnormer skulle framstå som förväxlingsbara. Medgivanden är vanliga konkurrentföretag emellan. Vid godkännandet av näraliggande märken spelar det säkert roll att de ordinerande läkarna kan antas känna skillnaden på produkterna, även om kännetecknen ligger tätt intill varandra. Det var enligt *Koktvedgaard/Levin* bara att hoppas på att också apotekaren hade samma förmåga att tyda handskrivna recept.[290]

[290] Koktvedgaard/Levin s. 302. För en diskussion om läkemedelsmärken hänvisas till SOU 1958:10 s. 187 ff.; jfr härtill även Kobbernagel II s. 221.

4.4.1.3 Den bleknande minnesbilden

En annan viktig utgångspunkt för förväxlingsbedömningen är att de personer som ingår i omsättningskretsen normalt inte har möjlighet att jämföra två kännetecken samtidigt.[291] Två kännetecken anses därför vara förväxlingsbara även om de är så olika varandra att de vid en direkt jämförelse, utan svårighet, kan hållas isär. Det som skall läggas till grund för bedömningen är i stället vad som kommit att kallas för den *bleknande minnesbilden*,[292] varmed förstås att förväxlingsbedömningen i praktiken skall företas utifrån den osäkra grunden att det första kännetecknet inte finns direkt tillgängligt, utan, med större eller mindre klarhet, existerar endast i köparens medvetande när han möter det senare.[293]

I motiven till VmL påpekades att det i de flesta fall var omöjligt för förbrukarna att jämföra de båda varorna i en köpsituation. Köparen hade i stället endast en minnesbild att jämföra med, och kännetecken kunde mycket väl vara förväxlingsbara även om de vid en omedelbar jämförelse tämligen lätt kunde hållas isär. Den tidigare lagens krav på att kännetecknen *lätt* måste kunna förväxlas, togs därför bort i.o.m. 1960 års VmL.[294] Redan tidigare hade också i doktrinen konstaterats att minnesbilden ofta var så diffus att en person med genomsnittlig uppmärksamhet inte märkte när han hade en annan beteckning framför sig, än den som han tidigare hade stiftat bekantskap med.[295] Om bedömningen skall företas på ett adekvat sätt, är det därför nödvändigt att registreringsmyndigheten eller domstolen försöker fastställa, om en förbrukare som ser de båda kännetecknen vid olika tillfällen, kan förväxla dem. Han har t.ex. tidigare köpt en vara som han tyckt om. Sedan söker han den igen på hyllorna i butiken.[296] Eftersom han bara har sin erinran att gå efter,

---

[291] Jfr Varumärkeskonflikter s. 25.

[292] Immaterialretspositioner s. 171; Koktvedgaard/Levin s. 375 f.; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 217; Varumärkeskonflikter s. 25; Koktvedgaard/Wallberg s. 17 och 57; jfr Heiding s. 85 f.; Kobbernagel II s. 221 f., Andreasen s. 282 f. och Åndsretten s. 454 f.

[293] Kobbernagel II s. 222.

[294] SOU 1958:10 s. 252.

[295] Heiding s. 86.

[296] Koktvedgaard/Levin s. 375.

bleknar minnesbilden. Principen var enligt *Koktvedgaard/Levin* riktig genom att den uttalade en sanning om de dagliga inköpen. Men den var svår att använda i rättstillämpningen.[297] Minnesbilden har också på sätt och vis att göra med kännetecknets distinktivitet. Om kännetecknet är distinkt, blir minnesbilden klarare. Den påverkas främst av inarbetningsfakta. I det verkliga livet leder den *bleknande minnesbilden* för det första till ett skydd som är mycket omfattande och utflytande. För det andra, när man väl står inför två kännetecknen, blir principen lätt ett innehållslöst tankeexperiment. Dess reella innehåll har därför ansetts innebära att man inte bör vara för *nogräknad med detaljskillnader*.[298] Minnesbilden tar sikte främst på kännetecknets *referens* sådan den uppfattas av omsättningskretsen, men eftersom minnesbilden av kännetecknet är den uppfattning som omsättningskretsen har om kännetecknet och vad det kännetecknar, blir bedömningen grundad på den uppfattning om kännetecknets *mening* som omsättningskretsens har förvärvat.

Principen om den bleknande minnesbilden har också tillämpats av EG-domstolen. I *Lloyd*-avgörandet[299] uttalade domstolen att genomsnittskonsumenten sällan hade möjlighet att göra en direkt jämförelse mellan de olika varumärkena, utan måste förlita sig till en *oklar bild* som han hade i minnet. Köparens uppmärksamhet kunde variera beroende på varans art. Vid köpet av vissa varor granskades märket noggrant. När det gällde andra varor fick det endast en flyktig blick (p. 26). I anslutning härtill konstaterade *Wessman* att minnesbilden på samma sätt kunde vara beroende av de särskilda omständigheterna. Ibland kunde den vara klar, medan den ibland kunde vara grumlig. Principen om den bleknande minnesbilden måste således ses i ljuset av omständigheterna i den ifrågavarande situationen.[300] Principen om den bleknande minnesbilden avser alltså såväl *mening* som *referens*. Minnesbilden i sig relaterar till de erfarenheter som förbrukaren har om kännetecknet,

[297] Loc. cit.; Koktvedgaard/Wallberg s. 17.
[298] Koktvedgaard/Levin s. 375; jfr Immaterialretspositioner s. 210 f.
[299] Mål C-342/97 (Lloyd).
[300] Varumärkeskonflikter s. 359.

vilka bidrar till att han förknippar minnesbilden med ett visst kommersiellt ursprung.

4.4.1.4 Övriga aspekter

Att kännetecknen har helt olika *primärreferens* kan också påverka förväxlingsbarheten. Detta illustreras av RÅ 1988:130 (Canasta) som gällde förväxlingsbarheten mellan det sökta märket *Canasta* och det mothållna märket *Kansasa*.

> RegRn uttalade att förväxlingsrisk var utesluten *betydelsemässigt*, eftersom *Canasta* var en existerande – och sannolikt allmänt känd – benämning på ett kortspel, medan ordet *Kansasa* var ett fantasiord med diffusa associationer som i vart fall inte förknippade ordet med kortspel. Viss fonetisk likhet förelåg däremot. Med hänsyn till ordet *Canastas* särskiljande förmåga i övrigt, borde emellertid den begränsade fonetiska likheten inte tillmätas sådan betydelse att den utgjorde hinder mot registrering. Till skillnad från underinstanserna, ansåg RegRn således att märkena inte var förväxlingsbara.[301]

Såsom visats i det strax här ovan berörda avgörandet, kan vissa kännetecken i sig ha viss *primärmening* som kan gynna varan när de kommer till faktisk användning, medan andra kännetecken kan förvärva *mening* som kännetecken efter inarbetning. Kännetecken som vid registrering kan antas vara såväl ordlika som lika med hänsyn till sökta varuslag, kan ju, efter inarbetning och användning för skilda kvaliteter och varor inom ett och samma slag, ha segmenterat sig på ett sådant sätt att förväxling blir så gott som utesluten.

Det fordras inte heller att märkena kan förväxlas av alla kundkategorier som ingår i omsättningskretsen.[302] Ofta är förutsättningarna för förväxling väsentligt olika inom grossist-, återförsäljar-, detaljist- och konsumentledet. Det är sannolikt att en anställd hos en grossist i många fall

---

[301] Här kan uppmärksammas hur domstolen använder ordet betydelse (betydelsemässigt) på ett sätt som gör att det är svårt att klart avgöra om därmed avses *referens* eller *mening*. Snarast är det väl meningsaspekten som avses (jfr ovan s. 23).

[302] Immaterialrätt s. 210.

kan ha rätt vag uppfattning om egenskaper hos de varor som säljs vidare.[303] Man kan tänka sig situationer, där detaljister är väsentligt mer insatta i kvaliteter och egenskaper hos de sålda varorna, än konsumenten som således lättare förväxlar skilda kännetecken än säljaren. Men motsatsen kan också förekomma. Som ovan angivits, är variationen också större inom vissa branscher och inom vissa varuslag, än inom andra.[304]

Även om det skall göras en helhetsbedömning av samtliga omständigheter, kan det diskuteras i vilken utsträckning som kännetecknens *mening*, motiv eller liknande (s.k. föreställningsbild),[305] skall vara avgörande för förväxlingsbedömningen (jfr det ovan berörda avgörandet RÅ 1988:130 (Canasta)). I motiven till VmL framhölls att den rent tekniska likheten mellan varor var av underordnad betydelse. I stället borde sådana faktorer som distributionssätt, ändamål, gemensam användning och prisnivå beaktas. Kännetecken kan utanför området för en ren förväxlingsrisk således anses förväxlingsbara, även genom att skapa *associationer* eller *anspelningar*, vilka kan medföra renommésnyltning eller urvattning och på sikt även degeneration av ett kännetecken. I så fall bidrar den *mening* som omsättningskretsen i vidare bemärkelse uppfattar hos kännetecknet till dess förväxlingsbarhet (se vidare nedan avd. 4.4.6).

4.4.1.5 Specialitetsgrundsatsen och produktregeln

Enligt den s.k. *specialitetsgrundsatsen* skall kännetecken som regel avse varor av samma slag för att anses förväxlingsbara (6 § första styck-

[303] Tengelin i NIR 1975 s. 372; jfr Uggla i NIR 1975 s. 387.

[304] Jfr Uggla som kritiserade det strax ovan nämnda avgörandet RÅ 1967:32 (Valentine) och påpekade att förväxling kunde ske på en mångfald olika stationer under varans försäljning och distribution. Omsättningskretsen bestod inte bara av den som slutligen köpte varan över disk, utan av var och en som på någon punkt i distributionen tog befattning med den, varvid förväxling i tidigare led ofta kunde vara långt mer skadeverkande för den, vars märke träddes förnära, än om förväxlingen gjordes av den slutlige avnämaren (Uggla i NIR 1975 s. 387).

[305] SOU 1958:10 s. 251; Koktvedgaard/Levin s. 300. Exempel som anges av Koktvedgaard/Levin på hur syn- och ljudbild vägts in i bedömningen är NJA 1979 s. 121 s. 382 (BiC), samt RÅ 1988 ref. 130 (Canasta). Som exempel på gemensam föreställningsbild nämns i SOU 1958:10 s. 253 *varg* och *ulv* eller en bild av en tupp och ordet *tuppen* (Koktvedgaard/Levin s. 379 och Oversikt s. 348).

et VmL). Utanför varuslagslikhetsområdet skall känneteckenslikhet inte medföra förväxlingsbarhet. Regeln har dock flera undantag. De viktigaste komponenterna i regeln är *likhet* och *varuslag*. Mellan de två huvudkomponenterna antas normalt föreligga ett inre samband.

Förhållandet mellan kännetecken- och varuslagslikhet utvecklades under förra delen av 1900-talet. I en polemik mot *Lund*[306] konstaterade *Eberstein* redan 1940 att begreppet förväxlingsbarhet enligt varumärkeslagen måste anses basera sig på märkenas likhet *in concreto*. Visserligen var det klart, att samma märke principiellt inte under några förhållanden kunde få registreras för samma varuslag. Men när identitet mellan märkena inte förelåg, måste deras förväxlingsbarhet bedömas i förhållande till den speciella varan och inte *in abstracto*, såsom förespråkats av *Lund*. På samma sätt förhöll det sig enligt *Eberstein* i fråga om varuslagen. Det kunde vara så, att samma märke inte fick registreras för ett visst liknande varuslag, men att det inte mötte hinder att för detta varuslag registrera ett liknande sådant. Graden av likhet mellan märkena var sålunda av betydelse i såväl det ena som det andra avseendet, både så att av två liknande märken bägge kunde bestå vid sidan av varandra i fråga om en vara men inte i fråga om en annan, och så att om likheten mellan märkena var stor, kretsen av de varuslag som var att rubricera såsom *liknande*, blev större, och tvärtom, vid mindre likhet mellan märkena, funnes större utsikt till registrering för ett närbesläktat varuslag. Faran för förväxling steg alltså med graden av både märkenas och varuslagens likhet.[307] Också *Heiding* konstaterade att man måste ställa strängare krav på särskillnad mellan två kännetecken när varuslagen eller användningsområdena sammanföll, än när de endast tangerade varandra.[308]

---

[306] Lund i NIR 1932 s. 37.

[307] Eberstein, Om skydd för individualiteten – den personliga och den ekonomiska (cit. Om skydd för individualiteten) s. 70 f.

[308] Heiding s. 88 f. Heiding hänvisade till Om skydd för individualiteten s. 70 f. och Sandegren i NIR 1933 s. 101.

I förväxlingsbedömningen anses förväxlingsbarheten således vara en *produkt* av såväl varuslagslikhet som varumärkeslikhet.[309] Denna regel har därför kallats *produktregeln*.[310] Den har också förankring i europeisk varumärkesrätt. I preambelns p. 10 till Varumärkesdirektivet anges att risken för förväxling måste bedömas mot bakgrund av flera faktorer, varvid nämns bland annat graden av likhet mellan de ifrågavarande varorna eller tjänsterna, något som också påpekades av EG-domstolen i *Lloyd*-avgörandet[311] (p. 19) – och *Canon*-avgörandet[312] (p. 17).

Den bakomliggande tyska tvisten i *Canon*-avgörandet gällde om det förelåg en risk för förväxling mellan *Cannon*, avseende bland annat videoband på vilka filmer var inspelade, och det kända kännetecknet *Canon*, för bland annat videobandspelare och oinspelade videoband. En fundamental fråga var om varuslagen var tillräckligt lika, för att förväxlingsrisk enligt huvudregeln (motsvarande 6 § första stycket VmL) skulle föreligga. Enligt den tyska Bundespatentgericht, hade det inte varit näraliggande för en konsument att anta att ett företag som tillverkade videobandspelare också producerade filmer.[313] Det kunde därför ifrågasättas om varorna i varumärkesrättsligt hänseende var likartade. Frågan till EG-domstolen var om märkena var mycket lika och i vad mån faktum att *Canon* var välkänt inom marknaden påverkade bedömningen av likheten mellan varorna.

> EG-domstolen uttalade i *Lloyd*- och *Canon*-avgörandena att helhetsbedömningen förutsatte att det förelåg ett visst samspel mellan de faktorer som beaktas, däribland varumärkenas likhet och likheten mellan de varor eller tjänster som de täcker. EG-domstolen uttalade i *Canon*-avgörandet med hänvisning till *Sabel*-avgörandet (p. 24),[314] vidare att ett märke med stor särskiljningsförmåga åtnjöt ett stort skyddsomfång. (*Canon*-avgörandet p. 18). Om märkena var mycket lika, var kravet på varuslagslikhet lägre

[309] Jfr Oversikt s. 256 och s. 268 f.
[310] SOU 1958:10 s. 250; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 207 ff. och 282 ff.; Immaterialretspositioner s. 175 och 209 ff.; Immaterialrätt s. 209; Koktvedgaard/Levin s. 298.
[311] Mål C-342/97 (Lloyd).
[312] Mål C-39/97 (Canon).
[313] BGH GRUR 1997 s. 221 (Canon).
[314] Mål C-251/95 (Sabel).

> (*Lloyd*-avgörandet p. 21; *Canon*-avgörandet p. 17 och 19). På så vis påverkade de kritiska omständigheterna, såsom märkeslikhet (inbegripet association mellan märkena), varuslagslikhet och varumärkets ställning inom marknaden varandra.[315]

EG-domstolen fastslog slutligen att begreppet förväxling skulle inbegripa såväl *direkt förväxling*, varmed avses omsättningskretsens *de facto*-förväxling av märkena som *indirekt förväxling*, d.v.s. att omsättningskretsen visserligen uppmärksammar skillnaden mellan märkena, men på grund av likheten, trots det tror att varorna härrör från samma företag. EG-domstolen framhöll att det förelåg *indirekt förväxling* när konsumenterna förstod att varorna eller tjänsterna härrörde från skilda företag, men trodde att det fanns ett *ekonomiskt samband* mellan dem.[316]

Produktregeln avser således ett komplicerat samspel mellan *referensegenskaper* och *meningsegenskaper* i det att ett kännetecknens *mening* kan vara avgörande för kännetecknets *referens*, eftersom omsättningskretsens kännedom om varor med ett visst kännetecken kan påverka förväxlingsbarheten.

4.4.1.6 Kännetecknenslikhet

Med tanke på den s.k. produktregeln, d.v.s. att förväxlingsbarhet är en produkt av kännetecknens- och varuslagslikhet, kan det ifrågasättas om den uppdelning som här görs mellan kännetecknenslikhet och varuslagslikhet verkligen är adekvat, eftersom varken kännetecknens- eller varuslagslikhet kan bedömas var för sig,[317] utan glider över i varandra.[318] Med *Stuevold Lassen* bör erkännas att två varuslag sedda isolerade, kan anses som liknande i de flesta fall bara bär kort in på vägen mot lösningen.

---

[315] Se Wessman i NIR 1998 s. 493.
[316] Mål C-39/97 (Canon) p. 29 och 30; Wessman i NIR 1998 s. 494.
[317] Jfr Oversikt s. 269 och 332.
[318] Op. cit. s. 275.

> ”Er kjenntegnene *identiske*, vil riktnok en konstatering av at det isolert sett foreligger vareslagslikhet som regel gi et definitivt svar på spørsmålet om forvekselbarhet. Men oftetst vil de kennetegnene det gjelder nettopp ikke være identiske, men bare fremby en større eller mindre grad av likhet med hverandre. Og da er ikke spørsmålet om de er egnet til å forveksle løst ved at det er slått fast at vareslagene isolert sett er likeartede, forvekselbarheten vil da måtte avhenge av om de i og for seg likartede varene er mer eller mindre nærliggende, beslektede e.l.”[319]

Jag har trots det, av strukturella skäl, valt att behandla kännetecken- och varuslagslikhet var för sig. Enligt *Ebersteins* mönster,[320] har jag således valt att under denna rubrik först behandla likhetsbedömningen av kännetecken när frågan om varuslagslikhet är av underordnad betydelse. Under den härpå följande rubriken (avd. 4.4.1.7) förs sedan varuslagslikhetsaspekten in. I många förväxlingsfall är det ju också fråga om fullständig eller huvudsaklig varuslagslikhet, varför den ytterligare aspekt av förväxlingsbarhet som varuslagslikhetsfrågan utgör, blir oväsentlig. Här bör också påpekas att några av de avgöranden som behandlas nedan, avser kombinerade ord och figurkännetecken, där figurdelen har haft större eller mindre betydelse för förväxlingsbarhetsfrågan, något som också redovisas i redogörelsen för praxis. Eftersom undersökningen är avgränsad till ordkännetecken, har jag emellertid i möjligaste mån bortsett från figurlikhetsfrågan, något som naturligtvis i många fall kan vara vanskligt, med tanke på att den skall vara en integrerad del av förväxlingsbedömningen.

För att kännetecknen skall anses förväxlingsbara förutsätts att de liknar varandra i visst hänseende. Det är uppenbart att identiska kännetecken är så lika att de för samma eller liknande varor anses förväxlingsbara.[321] Detta framgår också av Varumärkesdirektivet. I direktivets art. 5.1 b, anges som bekant, att varumärkeshavaren har rätt att hindra tredje man att använda tecken som på grund av sin identitet eller likhet med

[319] Op. cit. s. 270.

[320] Se Om skydd för individualiteten s. 71.

[321] I RÅ 1972 ref. 62 (The Lion) ansågs kännetecknet *The Lion* för inspelning och utgivning av grammofonskivor förväxlingsbart med samma kännetecken för tryckalster.

varumärket och identiteten eller likheten hos de varor och tjänster som täcks av varumärket och tecknet, kan leda till förväxling hos allmänheten.[322] Emellertid kan, såsom redan framgått, även sådana kännetecken anses förväxlingsbara vilka i någon grad avviker från varandra.[323]

Enligt ursprungsprincipen är den centrala frågan om en användning av det yngre märket leder till en risk för förväxling rörande varornas kommersiella ursprung.[324] Så kan vara fallet även om varorna i sig inte är påfallande lika.[325] För att fastställa kännetecknenslikhet, är den teoretiska utgångspunkten i stället att omsättningskretsen *associerar* det ena kännetecknet med det andra. I trängre bemärkelse är det här alltså fråga om att omsättningskretsen lägger in samma *mening* i de båda kännetecknen på ett sådant sätt att det finns risk att de får samma *referens*.[326] Den hypotetiska bedömning som registreringsmyndigheten således skall företa är att överväga risken för att kännetecknet hos omsättningskretsen *refererar* till *fel* vara.

För att ta ställning till kännetecknenslikheten skall först och främst märkenas faktiska likhet bedömas. Man lägger vikt vid kännetecknens utseende, (synbild eller synintrycket),[327] hur kännetecknen uttalas, om det rör sig om ordvarumärken vid s.k. ljudbild, d.v.s. hörselintrycket. Härvidlag får för ordkännetecken naturligtvis stavningen betydelse. Allmänna ord och stavelser kan ofta bortses ifrån.[328] Om orden är väsentligen desamma, kan små avvikelser i stavningen inte påverka likhetsintrycket.[329] I bedömningen överväger normalt det rent visuella,

---

[322] Jfr direktivets preambel p. 10.

[323] Detta gäller enligt EG-domstolen av art 5.1 b i såväl mål C-342/97 (Lloyd) p. 21 som mål C-39/97 (Canon) p. 19, trots att det inte explicit framgår av direktivet, men torde implicit kunna tolkas därur på grundval av en allmänt antagen kännetecknensrättslig dogm.

[324] Varumärkeskonflikter s. 31; Om skydd för individualiteten s. 62.

[325] Varumärkeskonflikter s. 31.

[326] Jfr RÅ 1972 s. 104 (Svelast), där kännetecknet *Svelast* för transport och magasinering ansågs förväxlingsbart med *Svecast* för transportmedel och varuutrustning.

[327] Jfr markedsret s. 142.

[328] Se t.ex. RÅ 1972 A 68 (Teamix), där *Teamix* inte ansågs förväxlingsbart med *Trimix* och RÅ 1970 H. 24 (Elisabeth of Sweden), där *Elisabeth of Sweden* inte ansågs förväxlingsbart med *Elisabeth Arden*.

[329] Kobbernagel II s. 209.

alltså synbilden.[330] Ett redan (ovan s. 228) berört exempel är *Q8*. Mer komplicerad blir situationen naturligtvis i fråga om uttal av samma företeelse på skilda språk.[331] Såvitt gäller förväxlingar mellan ordmärken, tas naturligtvis framförallt hänsyn till ordens stavning, uttal och betydelse. För att kännetecken skall anses förväxlingsbara, krävs inte likhet i alla dessa avseenden. Normalt jämförs således kännetecknens rent konkreta utformning. Traditionellt sett har begreppslikhet i allmän bemärkelse – föreställningsbilden – mer sällan lagts till grund för bedömningen.[332] Om endast *betydelselikhet* – d.v.s. *meningslikhet* – föreligger, anses kännetecknen därför endast undantagsvis förväxlingsbara.[333] Från den relativt rikliga administrativa praxis som utvecklats, kan ett antal exempel på förväxlingsbara kännetecken nämnas.

> RÅ 1984 Ab 48 (Solaris) gällde förväxlingsbarhet mellan det sökta märket *Solaris* för bland annat elektronisk och mekanisk automatikutrustning, solceller, solfångare och varumärket *Solarex* jämte figur för bland annat elektriska solgeneratorer, olika slag av apparater drivna med solgeneratorer. Med hänsyn till varuslagslikheten fann RegRn märkena förväxlingsbara. Som ytterligare exempel på ordmärken som i praxis ansetts förväxlingsbara, kan nämnas *Alron* och *Alcro* (RÅ 1985 Ab 9) samt *Telenet* och *Telerent* (RÅ 1986 not. 278).

PBR har också ansett att tecknet *Brelett* (jämte figur) var förväxlingsbart med *Bregott* – båda för margarin.[334]

> PBR uttalade att ordet *Brelett* framstod som den visuellt dominerande beståndsdelen i figurmärket och också var det ord, under vilket de aktuella va-

[330] Koktvedgaard/Wallberg s. 16 och 58. jfr dock NJA 1991 s. 23 (Gatt).

[331] T.ex: Staden Phoenix (i Förenta Staterna), Hotell *Phoenix* (i Köpenhamn), *Phoenix Restaurang* (i Kungsör); jfr härtill Oversikt s. 346 ff.

[332] Se Koktedgaard/Wallberg s. 16. Ett exempel är det danska avgörandet S 20.10.1987 (Lacoste). Några krokodiler befanns inte vara förväxlingsbara med *Lacostes* alligatorer, trots att många konsumenter fick antas ha gjort den kopplingen (se Koktvedgaard/Levin s. 379).

[333] Jfr SOU 1958:10 s. 253; jfr även Koktvedgaard/Wallberg s. 58 som hävdade att skyddet för ett ordmärke normalt inte kan utsträckas till ett figurmärke som hade samma *mening* och vice versa.

[334] PBR mål 97-648 (Brelett).

> rorna skulle komma att efterfrågas. Det förhöll sig på motsvarande sätt med *Bregott*. Visuellt och fonetiskt förelåg likheter mellan märkesorden *Brelett* och *Bregott*, främst genom att de hade samma förled och genom att ordlängden var densamma. Märkesorden var vidare i fråga om det begreppsmässiga innehållet lika varandra, genom att de i grunden var starkt suggestiva och tog sikte på att framhålla särskilda egenskaper hos de aktuella varuslagen (bredbar margarinprodukt med angenäm smak respektive bredbara produkt med ett lågt kaloriinnehåll). Detta hade särskild betydelse, därigenom att det var vanligt att erbjuda konsumenterna alternativa produkter med varierande fetthalt och kaloriinnehåll. Vid ställningstagande till förväxlingsrisken, måste vidare beaktas att *Bregott*, enligt vad som uppgivits, hade varit i bruk sedan 30 år tillbaka samt att det i betydande grad var känt som en beteckning för invändarens margarinprodukter. Härigenom fick denna – oavsett den i grunden ringa distinktiviteten – anses ha förvärvat en inte obetydlig särskiljningsförmåga för varor av det slaget. Enligt PBR var *Brelett* och *Bregott* således som sådana inte obetydligt lika varandra och hade ett snarlikt idémässigt innehåll. De ansågs därför vara förväxlingsbara.

Däremot ansågs inte *Philips* (jämte figur) utgöra registreringshinder för det sökta märket *Trillips* (jämte figur). PBR, vars beslut inte ändrades av RegRn, fann med beaktande av att märkena inleddes med helt olika och var för sig pregnanta prefix att de var varken fonetiskt eller visuellt så lika att de var att anse som förväxlingsbara.[335]

Skyddsomfånget kring *McDonalds* har varit föremål för prövning i skilda sammanhang såväl i Sverige som Danmark och Norge. Från svensk registreringspraxis kan nämnas att *Mackburgaren* har ansetts förväxlingsbar med bland annat *Bigmac* och att *McPizza* har ansetts vara förväxlingsbart med *McDonalds*.[336] PBR fann i det senare avgörandet att tecknet, genom att det gav intryck av att tillhöra och ingå i *McDonalds*' märkesserie, med bland annat *McChicken*, *McRib* och *McBacon* och därmed ledde till en felaktig slutsats om den aktuella varans kommersiella ursprung, var att anse som förväxlingsbart med

[335] RÅ 1988 not 163 (Philips).
[336] PBR mål 96-484 (McPizza).

McDonalds' motanförda varumärken. I svensk judiciell praxis har *Big Max* ansetts förväxlingsbart med *Big Mac*.[337] I dansk praxis ansågs skyddsomfånget kring *McDonald's* i vart fall inte kunna utsträckas till att omfatta *McAllan* för ambulerande försäljning av korv.[338] Såväl i Danmark som i Norge har fråga varit om förväxlingsbarhet med kännetecknet *McMoon.* Varken i Danmark eller i Norge har *McMoon* för bland annat kaffe, te och bakverk m.m. i klass 30 ansetts förväxlingsbart med *McDonalds*.[339] I det norska registreringsavgörandet poängterades att marknadsrättsliga värden visserligen kunde ha betydelser för rätten att i praktiken utnyttja ett kännetecken, men att sådana ställningstaganden inte kunde tas i registreringsfrågan.

Ensamrätten till *McDonalds* är intressant i semantiskt perspektiv, där fråga blir närmast om inarbetning av en vanlig skotsk namnbildning motsvarande det svenska namnsuffixet *-son*, det finländska namnsuffixen *-nen* och *-ander*, adelsnamn som börjar med *von*, eller det nederländska bruket att efternamn föregås av *van* skall kunna nå sådan inarbetningsgrad att alla försök att förse det dominanta kännetecknenstemat föregås av *Mc* skulle medföra förväxlingsbarhet eller eljest intrång i det förvisso i sig synnerligen inarbetade *McDonalds*. Objektivt sett kan naturligtvis alltid anföras namnhinder när de förekommer, men frågan blir intressant närmast i andra fall, nämligen när det inte finns något ursprungligt eller naturligt skäl att kombinera kännetecknet med *Mac*. Såsom slutresultaten blev i de ovan angivna danska och norska domstolarna, är det – om inte bevis för snyltning kan säkerställas – därför rimligt att låta prefixet *Mc* eller *Mac* vara tillgängligt för envar, när det kan antas användas just i suggestiv eller kännetecknande syfte, d.v.s. till att ge åt kännetecknet en egen och bärande *mening*. Det gäller inte minst om det därtill finns en koppling mellan namn och varumärke.

---

[337] Hovrätten för övre Norrland dom den 3 april 1984 (Big Max).

[338] U 1997 s. 253 (H) (McAllan). Se om avgörandet Markedsret s. 184.

[339] SHD dom 19.9.1997 (McMoon); Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 10. juli 2000 i sak nr. 6823 (McMoon).

I PRVs praxis har det ansetts att ett enstavigt ord som ingått i ett flerstavigt, varit förväxlingsbart med det senare.[340] Åtskilliga äldre avgöranden framstår som alltför stränga på denna punkt. Numera synes dock en friare bedömning ske. RÅ 1984 2:2 (Ceralux) gällde förväxlingsbarhet vid registrering av varumärket *Ceralux*, där ett mothållet tidigare registrerat märke (*Lux*) i sin helhet ingick i det märke, för vilket registrering söktes. Fullständig varuslagslikhet förelåg.

> Omständigheten att märket i sig inrymde ett redan registrerat varumärke hade vanligen, enligt RegRn, ansetts kunna medföra risk för förväxling och därmed leda till en försvagning av det registrerade märkets särskiljningsförmåga. I och för sig kunde varje sammansatt ord, vari stavelsen *Lux* bildade slutled, inte automatiskt leda tankarna till det inregistrerade varumärket *Lux*. Både visuellt och auditivt fanns ett klart samband mellan *Lux* och *Ceralux*. Vid lika varuslag, framstod förväxlingsrisken inte som så obetydlig att man kunde bortse ifrån den.[341]

I RÅ 1983 2:29 ansågs emellertid *Magnetman* inte förväxlingsbart med varumärket *Man* och i judiciell praxis har prefixet *Scan* i sammansättning med andra ord ansetts var så vanligt att bland annat *Scanoil AB* inte kunde anses göra intrång i varumärket *Scan*.[342]

En liknande situation är att kännetecknen är olika långa. Som ovan (s. 225) antagits, ökar – i vart fall teoretiskt sett – distinktiviteten med kännetecknets längd. Ett kännetecken som består av flera bokstäver eller flera ord, blir mer distinkt än ett kännetecken som består av få bokstäver eller siffror eller enstaka ord. Detta påverkar naturligtvis också förväxlingsbedömningen. Om båda kännetecken består av ett i sig särskiljande men liknande ord, men det ena av dem har ett tillägg, tenderar bedömningen att ta särskild hänsyn till det andra ordets särskiljningsför-

---

[340] RÅ 1983 2:29 (Magnetman) visar att sådana regler måste tillämpas med försiktighet; jfr Koktvedgaard/Levin s. 380.

[341] Jfr det norska registreringsavgörandet där Isomax inte ansågs förväxlingsbart med Max, båda för alkoholfria drycker (Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 13. september 1999 i sak nr. 6867 (Isomax)).

[342] HovRn över Skåne och Blekinge dom den 19 juni 1985 (Scan II); jfr det ovan berörda avgörandet RÅ 1981 Ab 190 (Scan I).

måga (jfr ovan avd. 3.1.3 om synonymi). I RÅ 1979 Ab 341 (Mäster) ansågs det sökta *Mäster Olofs* i visst utförande avseende charkuterivaror m.m. vara förväxlingsbart med varumärket *Mäster* för bland annat korvvaror m.m. Från *judiciell praxis* kan nämnas även NJA 1977 s. 415 (Quinny) där *Qvinns Corner* ansågs förväxlingsbart med *Qvinny.*

> TRn anförde att förhållandet att beteckningen *Qvinns Corner* bestod av två ord, inte i och för sig uteslöt att beteckningen ansågs förväxlingsbar med *Qvinny. Qvinny* fick bedömas som ett ord med särprägel. Även om *Qvinny* kunde ge associationer till ordet kvinna eller möjligen till det engelska ordet *queen*, kunde det dock inte anses ha någon utpräglat suggestiv effekt. TRn fann att orden *Qvinny* och *Qvinns* var förväxlingsbara både vid uttal och i skrift. Den omständigheten att *Qvinns* var sammanställt med *Corner* medförde inte att *Qvinny* och *Qvinns Corner* inte skulle vara förväxlingsbara. Detta gällde särskilt med hänsyn till den typografiskt dominerande ställning som *Qvinns* enligt den åberopade bevisningen hade. Med hänsyn härtill och till den föreliggande likheten i varuslag måste beteckningarna anses förväxlingsbara. På de av TRn anförda skälen fann HD att kännetecknen *Qvinny* och *Qvinns Corner* var förväxlingsbara.

Ett flertal avgöranden har gällt kombinerade ord- och figurmärken (jfr *Brelett*-avgörandet ovan). Den bedömning som då skall företas blir naturligtvis en helhetsbedömning, där figurlikheten måste ställas mot ordlikheten. Det är då också uppenbart att förväxlingsrisken blir större när figur och ord är desamma. RÅ 1991 ref. 10 (MTV) gällde ett märke som innehöll bokstäverna *MTV* och orden *Music Television*, vilket ansågs förväxlingsbart med figurmärke som innehöll samma bokstäver och ord.

> RegRn konstaterade att det sökta märket bestod av bokstaven *M* fristående och bokstäverna *T* och *V* sammanskrivna och följda av en punkt samt under de tre bokstäverna orden *Music Television*. Det mothållna varumärket bestod av bokstaven *M* samt inskrivna i dennas högra lodräta stapel bokstäverna *T* och V i annat typsnitt. Även under dessa bokstäver fanns orden *Music Television*. Båda märkena avsåg filmprogram med huvudsakligen populärmusik omväxlande med reklam, vilka främst vände sig till ungdomar. Även om de båda varumärkena i viss mån skilde sig i fråga om utformning-

> en förelåg, vid en helhetsbedömning, en påtaglig likhet mellan dem. Med hänsyn härtill och till varuslagslikheten, måste de anses förväxlingsbara. PBR hade däremot ansett att märkena inte var förväxlingsbara.

Mer komplicerad blir frågan om känneteckenslikhet när överensstämmelse inte föreligger mellan ord- och bokstavskombinationer. RÅ 1983 Ab 145 (Youngster) gällde ordmärket *Youngster* över ett stiliserat *Y* och för bland annat beklädnadsartiklar, inbegripet sportkläder, särskilt skiddräkter för barn. (Sökanden förklarade sig genom en *disclaimer* inte göra anspråk på ensamrätt till ordet *Youngster* eller bokstaven *Y* i och för sig.) Mot ansökningen inkom två invändningar, varav den ena kom från innehavaren av *Youngset* för kläder.

> PBR, vars beslut inte föranledde någon ändring av RegRn, fann märkena förväxlingsbara och anförde att även om en *disclaimer* för ordet *Youngster* krävts och medgivits av PRV, hade ordet en så framträdande plats i märket att det måste beaktas vid likhetsbedömningen gentemot äldre kännetecken. Med hänsyn därtill och eftersom *Youngster* var påtagligt likt *Youngset*, var märkena vid föreliggande fullständiga varuslagslikhet förväxlingsbara.

Förväxling kan, i beaktande av den ovan åberopade helhetsbedömningen, naturligtvis förekomma även mellan olika typer av varukännetecken.[343] Att förväxlingsbedömningen kan ligga till grund för en fråga om förväxling mellan ordvarumärken och akronymer är väl skäligen klart, eftersom ord tenderar att förknippas med bokstäver. Det bekräftas också i ett avgörande där RegRn[344] fann ordmärket *Enco* förväxlingsbart såväl med *Nordiska Kompaniets* kombinerade ord- och figurvarumärke (*NK* inskrivet i ring) som med det inarbetade bokstavskännetecknet *NK*. Förväxlingsläran ger således utrymme för ett slags *motivskydd*,[345] som kanske tydligast kommer till uttryck genom att ett ordkännetecken undantagsvis kan utsträckas också till ett figurmärke som har samma ordmässiga syftning. VFU konstaterade att dittillsvarande praxis hade varit att

[343] Se Eberstein i TfR 1910 s. 419; jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 242.
[344] RÅ 1972 H. 51 (NK).
[345] Jfr Koktvedgaard i TfR 1987 s. 318.

figurer och ord inte kunde förväxlas.[346] Men i det avseendet avsåg förslaget att ge möjlighet till en friare prövning. Det var nämligen klart att exempelvis ordet *tuppen* var förväxlingsbart med bilden av en tupp.[347] Det kanske än i dag ledande[348] avgörandet är det där RegRn[349] konstaterade att ordkännetecknet *Elefant* (jämte ett figurmärke som avbildade en elefant) utgjorde registreringshinder för ordmärket *Hiab Elefant*.[350] I RÅ 1980 Ab 97 (Tiger) ansågs ett figurmärke bestående av en tiger också vara förväxlingsbart med ett kombinerat ord och figurmärke bestående av ordet *Tiger* jämte bilden av en tiger.

> I anslutning härtill kan uppmärksammas *Stuevold Lassens* observation att två kännetecken inte alltid är lika förväxlingsbara, utan – paradoxalt nog – det ena kännetecknet kan vara mer förväxlingsbart med det andra än omvänt, där det typiska fallet var att två figurkännetecken som hade väsentlig likhet, men där det ena innehöll ett ordkännetecken, namn eller en firma och att det då skulle vara lättare att figurkännetecknet utan ordelement förväxlades med det som hade ett sådant än omvänt.[351]

Här kan också vara av visst värde att nämna ett avgörande av PBR om förväxlingsbarhet mellan tecknet *Kea!* och kännetecknet *IKEA*.[352] Liksom det ovan refererade registreringsavgörandet om *NK* och *Enco*, tangerar de ju båda frågan om särskiljningsförmåga för fåbokstavskombinationer. Även om sådana i dag kunnat anses särskiljande i sig, utan särskilda krav på inarbetning, kvarstår faktum att särskiljningsförmågan

[346] VFU åberopade här NJA 1932 s. 463 (Lejonmärket).

[347] SOU 1958:10 s. 253.

[348] Jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 242 f.

[349] RÅ 1974 A 318 (Hiab Elefant).

[350] Se härom Varumärken från konsumentsynpunkt s. 242 f.; jfr det finska avgörandet av Högsta förvaltningsdomstolen (NIR 1934 s. 149 där bilden av ett lejonhuvud ansågs förväxlingsbar med ordmärket *Leijona-Lejon* (se härtill Koktvedgaard i TfR 1987 s. 318). Jfr även 7.4.2. i OHIMs Examination Guidelines: ”In comparing trade marks account will have to be taken of occasions when the impact of a word mark on the relevant public can be similar to that of a figurative mark. For example a trade mark consisting of the words “red star” could give rise to confusion if the figurative element of a star coloured red was also a trade mark. The search strategy will require that such instances are recognised”.

[351] Se Oversikt s. 277 f. och det där anförda exemplet.

[352] PBR mål 96-837 (Kea!).

avtar med antalet tecken i ett ordkännetecken. I det perspektivet framstår inarbetningsgraden som en allt viktigare faktor. När det gäller just *Kea* och *IKEA*, synes faktum att ordet *Kea!* i sig är tvåstavigt och uttalbart som ord ha haft betydelse för förväxlingsbedömningen.

> PBR uttalade i sina utförliga domskäl att märkesordet *Kea!*, i likhet med beteckningen *IKEA*, naturligen uttalades med betoning på bokstaven *e*. Med hänsyn till att begynnelsebokstaven i *IKEA*, var obetonad, framstod märkena vid muntlig användning som nära lika varandra. I visuellt hänseende distanserade de sig dock dels genom att bokstaven *i* inte ingick i *Kea!* dels genom det hos *Kea!* förekommande utropstecknet. Visuellt förelåg således en tydligare skillnad mellan märkesorden. Domstolen uppehöll sig sedan vid en diskussion om varuslagslikhetsfrågan, men konstaterade därefter att kännetecknet *IKEA* var välkänt av en bred allmänhet och därmed hade en förstärkt särskiljningsförmåga. Det kunde därför ifrågasättas om det ökade risken för förväxling. Avståndet till de produkter på dataområdet som märket *Kea!* avsåg var dock så betydande att detta inte borde anses vara fallet. Domstolen fann emellertid, oavsett detta, att det förelåg sådana klara likheter mellan märkesorden och mellan de berörda varorna och tjänsterna att det vid en helhetsbedömning måste anses föreligga en beaktansvärd risk för att allmänheten uppfattade att varorna och tjänsterna hade ett gemensamt kommersiellt ursprung.[353]

Från *judiciell praxis* bör i närmare belysning tas upp det s.k. *BiC*-avgörandet,[354] där fråga var om trebokstavskombinationen *BiC* var förväxlingsbar med tvåbokstavskombinationen *Bi* – båda för strumpor. Till saken hör att strumpor under lång tid tillhandahållits under kännetecknet *Bi*. Sedermera började det välkända företaget *BiC*[355] att också marknadsföra strumpor. Här kan allmänt frågas i vad mån den judiciella förväxlingsbedömningen principiellt bör skilja sig från en administrativ bedömning, något som har avgörande betydelse för denna undersök-

[353] Däremot ansåg domstolen att det förelåg tillräckliga skillnader i de berörda hänseendena gentemot den mothållna firman *IKEA Information Services AB* för att den inte skulle anses utgöra registreringshinder.

[354] NJA 1979 s. 121 (BiC).

[355] *BiC* är ju notoriskt känt för sina banbrytande engångsprodukter – kulspetspennor, cigarettändare och rakhyvlar – och har därför ofta använts som exempel i marknadsföringslitteratur.

ning, eftersom det antas att kännetecken som kommit till användning inom marknaden, genom inarbetning förvärvar egen *mening*. Det gäller inte minst om de därtill är välrenommerade.

> HovRn, vars dom fastställdes av HD, anförde att kravet på olikhet mellan de båda kännetecknen måste ställas särskilt högt när det rörde sig om varor av exakt samma slag. Domstolen anförde att de i målet aktuella kännetecknen dominerades av de i dem ingående bokstavskombinationerna, d.v.s. *Bi* respektive *BiC*. Figurinslagen i *BiC*s kännetecken och den typografiska utformningen i övrigt ansågs vara av underordnad betydelse. Bokstavsmässigt skildes de båda kännetecknen åt endast genom att till bokstäverna *Bi* i det ena kännetecknet fogats ett *C* i det andra. Synintrycket av ordet *Bi* kunde därför inte väsentligen förändras därav. Domstolen åberopade även motiven där det angivits att en köpare i allmänhet inte hade möjlighet att samtidigt jämföra de båda kännetecknen i fråga (jfr. ovan avd. 4.4.1.3 angående den s.k. bleknande minnesbilden). Vad angick hörselintrycket kunde man inte utan vidare utgå ifrån att bokstaven *C* i *BiC* alltid skulle uttalas med ett kort *i*-ljud åtföljt av ett hårt, klart uttalat *k*-ljud. Vid prövningen av förväxlingsbarheten borde i stället alla rimliga uttalsmöjligheter tas i beaktande. Därför kunde det t.ex. inte uteslutas att bokstaven *i* uttalades med långt *i*-ljud eller att bokstaven *C* uttalades som *s*. En helhetsbedömning utifrån dessa synpunkter ledde därför närmast till att bokstaven *C* i *BiC* spelade en underordnad roll. Enligt domstolen skulle bedömningen även stå i samklang med *administrativ praxis*.

När det gäller korta ord och sifferkombinationer är, som ovan redogjorts för, inarbetningsgraden av betydelse. Ju kortare ordet är, desto svagare blir, teoretiskt sett, dess särskiljningsförmåga, eftersom det kan ge upphov till fler *referenser*. Man kan därtill anta att ju kortare eller ju mer så att säga *intetsägande* kombinationen av bokstäver eller siffror är, desto mindre *mening* ger de uttryck åt.

I och för sig kan också ifrågasättas om *BiC*-avgörandet verkligen står i överensstämmelse med administrativ praxis i dag. Avgörandet kan jämföras t.ex. med ett avgörande av PBR, där *SÅAB*, med hänsyn till de fonetiska skillnaderna, inte ansågs förväxlingsbart med *SAAB*.[356]

[356] PBR mål 97-042 (SÅAB).

> Domstolen konstaterade att märkena i visuellt hänseende i och för sig var lika varandra. Märkesordet *SÅAB* fick emellertid antas komma att uttalas stavelse för stavelse, innefattande ett betonat långt *å*-ljud och ett obetonat kort a-ljud medan *SAABs* väl ansedda kännetecken allmänt uttalades genom att stavelserna lästes ihop och bildade ett långt *a*-ljud. Fonetiskt förelåg således en klar skillnad mellan märkena.

En anpassning av svensk varumärkesrätt till EG-domstolens rättspraxis, kan kanske iakttas i senare prejudicerande judiciell nationell praxis. Av intresse i sammanhanget kan vara det avgörande av HD, där *Jägarbrännvin* som relanserats av *AB Vin & Sprit* år 1997, ansågs vara förväxlingsbart med de äldre varumärkena *Jäger* och *Jägermeister*. Båda användes för spritdrycker.[357]

> I sina domskäl åberopade domstolen Varumärkesdirektivets krav på att risken för förväxling måste bedömas mot bakgrund av flera faktorer, särskilt i hur hög grad märket var känt på marknaden, den association som det använda eller registrerade märket framkallade, graden av likhet mellan märket och tecknet samt mellan de ifrågavarande varorna eller tjänsterna. Vidare konstaterade domstolen att även om direktivets precisering av förväxlingsrisken, till att inbegripa risken för association, inte uttryckligen återfanns i VmL, måste lagen tolkas i överensstämmelse med direktivet och tillämplig EG-rättslig praxis. Med hänvisning till EG-domstolens *Canon*-avgörande,[358] konstaterades att kravet på en helhetsbedömning av risken för förväxling innebar att det förelåg ett visst samspel mellan de faktorer som beaktades, däribland varumärkenas likhet och likheten mellan de varor eller tjänster som de täckte samt att varumärken som antingen i sig, eller på grund av att de var kända på marknaden, hade hög särskiljningsförmåga, åtnjöt ett mer omfattande skydd än varumärken med lägre särskiljningsförmåga och att det äldre varumärkets särskiljningsförmåga – särskilt omständigheten att det var känt – skulle beaktas vid bedömningen av huruvida likheten mellan de varor eller tjänster som täcktes av de två varumärkena, var tillräckligt stor för att det skulle uppstå en risk för förväxling. Vad gällde särskiljningsförmågan, fann domstolen att varumärkena *Jäger* och *Jäger-*

[357] NJA 2003 s. 163 (Jägarbrännvin).
[358] Mål C-39/97 (Canon).

meister var inarbetade för spritdrycker. Såväl *Jäger* som *Jägermeister* fick anses besitta, förutom en ursprunglig särskiljningsförmåga, en betydande förvärvad särskiljningsförmåga och åtnjöt sålunda ett särskilt omfattande skydd. Vad gällde märkeslikheten mellan *Jägermeister* och *Jägarbrännvin* samt *Jäger* och det dominerande prefixet *Jägar* i *Jägarbrännvin* förelåg såväl språkliga som begreppsmässiga likheter och därutöver ljud- och ordbildmässiga likheter, inte minst beträffande *Jäger* och prefixet *Jägar*, varför det fanns en risk att *Jägarbrännvin* förväxlades med *Jäger* och *Jägermeister* på det sättet att omsättningskretsen kunde tro att varorna kom från företag med i vart fall ekonomiska band.

För ordkännetecken får *språket* en viktig betydelse i känneteckenslikhetsbedömningen. Huvudregeln har ansetts vara att, vid bedömningen av ljudbilden, vikten normalt skall läggas vid det svenska uttalssättet. Rör det sig om ord som verkar främmande, faller man ofta tillbaka på den visuella likheten.[359] Det betyder emellertid inte att ordkännetecken på främmande språk så att säga går fria i en förväxlingsbedömning. Det gäller då språk som väsentliga delar av omsättningskretsen känner till. Eljest finns ju inte någon associationsmöjlighet till ordet på det främmande språket.[360] I en sådan bedömning måste också beaktas omsättningskretsens växande språkkunskaper, liksom ökande invandring från främmande länder (jfr ovan s. 214 f. angående motsvarande situation i fråga om särskiljningsförmåga). I förväxlingsbedömningen kan således ords uttal på skilda språk få betydelse. Det är en relativt given effekt av att förväxlingsbedömningen skall bygga på en helhetsbedömning. Därmed kan faktum att ord blir mer lika om de uttalas på ett främmande språk än på svenska, bli en del av förväxlingsbedömningen.[361] Uttalsre-

[359] Se t.ex. Besvärsavd. mål 181/69 (Phenyalin), där *Phenyalin* ansågs förväxlingsbart med *Fenjal* och RÅ 1971 H. 31 (Imagination), där *Imagination* ansågs förväxlingsbart med *Insinuacion* (jfr Koktvedgaard/Levin s. 375).

[360] Jfr det ovan (s. 219) av Holmqvist angivna exemplet med ordet *barack* som på ungerska betyder aprikos (Varumärkens särskiljningsförmåga s. 105).

[361] I Besvärsavd. mål 153/69 (Tend) ansågs *Tendrelle* förväxlingsbart med *Tend*; jfr också och det ovannämnda NJA 1979 s. 121 (BiC), där *BiC* var förväxlingsbart med *Bi*. I båda fallen gjorde det franska uttalet ljudskillnaden påtaglig.

geln är dock inte utan undantag, framför allt inte i kombination med relativ bokstavslikhet.[362]

Vidare kan ord som är olika, men betyder samma sak på skilda språk anses förväxlingsbara. Typiska exempel härpå i svensk registreringspraxis är ordet *Solstrålen* som har ansetts förväxlingsbart med *Sunbeam*.[363] Däremot ansågs *Weisses Rössl* inte förväxlingsbart med *White Horse*.[364] Av särskilt intresse torde vara RÅ 1984 Ab 141 (Puma) som gällde fråga om förväxlingsbarhet mellan varumärket *Puma* och det sökta ordet *Cougar* jämte figur (silhuett av ett kattdjur) för skor.

> Enligt RegRn överensstämde ordet *Cougar* visserligen i fråga om innebörden med det svenska ordet *puma*. *Cougar* var emellertid ett utländskt ovanligt ord och det saknade såväl visuell som uttalsmässig likhet med ordet *puma*. Vid dessa förhållanden fann RegRn att *Cougar* inte hade sådan likhet med *puma* att de kunde anses förväxlingsbara.

Denna förväxlingslära visar tydligt på hur *förväxlingsbarhet* är en rent juridisk term. Visuellt finns det ju ingen som helst likhet mellan orden *solstråle* och *sunbeam*. Det som är intressant här är således att ord som kan antas ha samma eller varandra näraliggande *primärreferenser* bidrar till att två kännetecken kan anses förväxlingsbara, trots att de kan ha helt olika *mening*. Också här bör en skillnad göras mellan en administrativ och en judiciell bedömning. Även om orden *solstråle* och *sunbeam de facto* har exakt samma *referens*, är det ju högst sannolikt att de, använda som kännetecken, kommer att genom inarbetning, förvärva helt olika *meningar.* Ett annat problem uppstår när samma ord betyder olika saker på skilda språk – homonymi (jfr ovan s. 113) – något som tilltagit med ökad samhandel.[365]

---

[362] Se t.ex. RÅ 1971 not. H. 54 (Beacon) där *Beacon* ansågs förväxlingsbart med *Bison*.
[363] RÅ 1911 not. Ju 46 (Solstrålen).
[364] Besvärsavd. 72/1974 (Weisses Rössl).
[365] Jfr Koktvedgaard i TfR 1987 s. 319 f. och ovan avd. 4.3.2.2 angående deskriptivitet.

4.4.1.7 Varuslagslikhet

Också i bedömningen av varuslagslikhet har det antagits att det är en helhetsbedömning som skall göras, där huvudregeln ytterst måste vara att omsättningskretsen kan bibringas uppfattningen att varorna har ett gemensamt kommersiellt ursprung.[366] För att omsättningskretsen skall kunna uppfatta att varorna har samma kommersiella ursprung, måste vissa betingelser vara uppfyllda.[367] I 1958 års motiv till VmL åberopades en promemoria om varuslagslikhet som upprättats 1949 inom PRV i samråd med vissa näringslivsorganisationer. De principer som redovisades i promemorian har haft stor betydelse, även om reglerna inte varit rättsligt bindande. Dess betydelse för tolkningen torde ha sin förklaring i att de grundläggande principer som presenteras i den har återgivits i motiven till VmL.[368] Promemorian var i första hand avsedd att tjäna till ledning i bedömningen av om ett märke som söktes registrerat, kunde anses förväxlingsbart med ett tidigare skyddat varumärke.

Enligt promemorian ansågs varuslagslikhet föreligga först och främst på grund av varornas likhet *i sammansättning* eller på grund av likhet i varornas *användningsområden eller ändamål*. Hänsyn måste tas till sättet för varornas tillhandahållande o.s.v. Det var inte nödvändigt att varorna som sådana kunde förväxlas. I sista hand måste man fråga sig, om sådan beröring mellan varuslagen förelåg att omsättningskretsen – när det gällde identiska eller eljest förväxlingsbara varumärken – kunde antas få uppfattningen att varorna härstammade från ett och samma företag.[369] Det kännetecknensrättsliga begreppet *varuslagslikhet* hade således en vidare innebörd än enligt normalt språkbruk. På grund av likhet i användning och ändamål, ansågs bland annat alla varor som var att beteckna som livsmedel sinsemellan likartade och detsamma gällde också beklädnadsartiklar.[370] Vad gällde mer avlägsna kopplingar, t.ex. mellan radio och bil, ansågs det emellertid inte föreligga liknande varuslag. Va-

[366] Se Kobbernagel II s. 230.
[367] Jfr op. cit. s. 231.
[368] Promemorian är delvis återgiven i SOU 1958:10 s. 255 f.
[369] SOU 1958:10 s. 255; jfr Oversikt s. 305.
[370] Jfr RÅ 1974 A 1911 (Fix) där skor ansågs likartade med strumpor.

ror avsedda att användas i förening, t.ex. målarfärg och penslar, ansågs kunna vara näraliggande. Därtill angavs vidare fyra mer speciella principer. För det *första* ansågs varuslagslikhet ofta föreligga mellan en *råvara* eller *halvfabrikat* å ena sidan, och den färdiga produkten å den andra (t.ex. garner likartade med strumpor).[371] För det *andra*, ansågs normalt *osjälvständiga* delar och *tillbehör* till en produkt vara likartade med huvudvaran. Skrivmaskiner ansågs t.ex. vara likartade med färgband till sådana.[372] För det *tredje*, ansågs varor som var avsedda att användas endast *tillsammans* med viss annan vara likartade med denna. Askfat ansågs t.ex. likartade med cigarrer.[373] För det *fjärde* angavs såsom likartade också vissa varor som användes för praktiskt taget *motsatta* ändamål. Så hade t.ex. färger ansetts likartade med färgborttagningsmedel.[374] Eftersom det i promemorian var fråga endast om riktmärken, borde man i tveksamma fall *de facto* huvudsakligen se till om det var *fara* att två kännetecken existerade jämte varandra.[375]

Intressant är att förväxlingsbarhet i praxis inte bara ansetts föreligga för motsatta slag av varor, utan även för kännetecken som ger *intryck* av motsatta egenskaper. *Maxicom* och *Minicom* har t.ex. ansetts förväxlingsbara.[376] Här kan ifrågasättas om inte domstolen, kanske omedvetet, tagit *association* med i beaktandet, varom mera nedan (avd. 4.4.6).

> PBR konstaterade att sökandens varumärke *Maxicom* och ordet *Miniciom* hade identiska slutled med stark suggestiv innebörd, för ifrågavarande varuslag. Den motsatta språkliga innebörd som förelåg mellan förleden *Maxi-* respektive *Mini*, var därvid närmast ägnad att ge intryck av att ett kommersiellt samband bestod mellan märkena ifråga. RegRn gjorde inte någon ändring.

[371] Jfr RÅ 1971 not. H. 79 (Mayfair).
[372] Jfr RÅ 1968 not. H. 35 (Antara).
[373] Jfr RÅ 1966 H. 20 (White Owl).
[374] SOU 1958:10 s. 256; jfr Immaterialrätt s. 213 och Oversikt s. 307 f.
[375] Se SOU 1958:10 s. 184.
[376] RÅ 1984 Ab 20 (Maxicom).

I det s.k. *Canon*-avgörandet, där den materiella frågan huvudsakligen rörde varuslagslikhet, eftersom fråga var om förväxlingsbarhet mellan kännetecknen *Canon* och *Cannon*, var relativt självklar, uttalade EG-domstolen att vid bedömningen av om varorna eller tjänsterna ifråga liknade varandra, samtliga relevanta faktorer som avsåg förhållandet mellan varorna eller tjänsterna, skulle beaktas (p. 23). Att frågan om varuslagslikhet bör sättas in i ett vidare modernt marknadssammanhang har uppmärksammats också av *Wessman*. Enligt honom kunde man, med beaktande av situationen på den moderna marknaden, där multinationella företag tillverkade och marknadsförde tusentals olika varor och mindre företag samverkade i koncerner och andra ekonomiska konstellationer, ifrågasätta om bedömningen av varornas likhet borde grundas enbart på en idé om ett gemensamt kommersiellt ursprung. Här vacklade den traditionella ursprungsprincipen något. Det var kanske bättre att tala endast om ett samband mellan varorna som kunde vara mer eller mindre starkt. När det gällde att avgöra hur starkt sambandet var, fick man beakta olika omständigheter, t.ex. hur varorna marknadsfördes, hur de användes av köparen och om de befann sig i en konkurrenssituation. Det var möjligt att omständigheter som varornas natur, *image* och användning var särskilt betydelsefulla i ett modernt sammanhang. Eftersom bedömningen av varornas likhet skulle göras mot bakgrund av risken för förväxling rörande varornas kommersiella ursprung, påverkades bedömningens grund av hur man definierade varumärkets ursprungsfunktion och risken för ursprungsförväxling.[377]

4.4.2 Firma

När det gäller *firma* skall motsvarande bedömning som enligt VmL göras mellan bransch- och kännetecknenslikhet (6 § första stycket FL),[378]

[377] Varumärkeskonflikter s. 224 f. Från norsk doktrin kan ytterligare några omständigheter, såsom gemensam produktion, d.v.s. att produkterna är framställda i samma fabrik, liksom enahanda försäljningskanaler, anges som exempel på omständigheter, vilka kan inverka på varuslagslikhetsbedömningen (Se Oversikt s. 301 ff.).

[378] Jfr Åndsretten s. 402.

d.v.s. firmalikheten skall ställas mot branschlikheten.[379] Därtill gäller, såsom förklaras ovan, att en firma kan vara förväxlingsbar med ett varumärke och *vice versa*.

Något som emellertid skiljer firmarätten från varukänneteckensrätten är att identiska firmor inte godtas i ett och samma register.[380] I motiven till FL uttalades att något sådant skulle kunna medföra att företagen blandades samman vid handhavande av registret. Denna ordningsföreskrift innebar dock små krav på likhet mellan firmorna.[381] Emellertid bör firmor inte få vara så lika att de är svåra att skilja från varandra.[382]

För firmor görs därför en något annorlunda förväxlingsbedömning, där man accepterar mer lika firmor och ofta exakt lika firmadominanter med tillägg av en ortsangivelse eller motsvarande. Därför har firmor inom samma bransch och med samma firmadominant i många fall inte ansetts förväxlingsbara. Från judiciell praxis kan nämnas NJA 1976 s. 130 (Marinkonsult) där firman *B. L. Marine Consult Aktiebolag* inte ansågs förväxlingsbar med firman *Marinkonsult Carl-Erik Hagerling*. Fråga var inte minst om det inte särskilt distinktiva ordet *marinkonsult* kunde anses inarbetat som särskilt kännetecken för *Hagerlings* näringsverksamhet.

> Det var enligt HD upplyst att käranden (Hagerling) drev sin verksamhet utan något fast anställt biträde, och att verksamheten väsentligen byggde på kundernas förtroende för *Hagerling* personligen. Svaranden hade å sin sida visat, att ett inte obetydligt antal andra näringsidkare under en följd av år begagnat ordet *marinkonsult* eller liknande ord i firma i samma eller närliggande bransch. Den av *Hagerling* förebragta bevisningen ansågs inte ge tillräckligt stöd för att ordet *marinkonsult* skulle vara inarbetat som *Hagerlings* särskilda kännetecken. Förväxlingsbarhet förelåg alltså inte.

[379] Jfr SOU 1967:35 s. 185.
[380] Jfr Åndsretten s. 405.
[381] SOU 1967:35 s. 185.
[382] Op. cit. s. 186. Som exempel angavs NJA 1946 s. 648 där *Stockholms Allmänna Hypoteksförening u.p.a.* ansågs förväxlingsbar med *Stockholms stadshypoteksförening*.

I NJA 1999 s. 3 ansågs firman *HS Vakuumplast Aktiebolag* inte vara förväxlingsbar med *Vakuum Plast Industri Aktiebolag*.

> Domstolen konstaterade att ordet *vakuumplast* var en sammansättning av orden *vakuum* och *plast*, och med denna ordkombination åsyftades plast som formats i ett lufttomt utrymme. En mer precis beskrivande benämning kunde vara *vakuumformad plast* eller *vakuumpressad plast*. Även om den kortare formen *vakuumplast* inte tillhörde det normala fackspråket och hade en viss originalitet, var det i vart fall en term som framstod som en näraliggande och naturlig generisk beteckning på den genom behandling i ett vakuum formade plasten. *Vakuumplast* fick därmed anses höra till de beskrivande beteckningar som åtnjöt ett tämligen svagt firmaskydd. Sådana beteckningar kunde, utan hinder av att de ingick i en registrerad firma, användas också i en annan näringsidkares firma, om det i denna fanns andra element som på ett tydligt sätt skilde den från den först registrerade firman. Det räckte i sådana fall med tämligen små variationer mellan firmorna för att dessa skulle kunna existera samtidigt utan att anses förväxlingsbara. I förevarande fall var *vakuumplast* det dominerande ordet i båda bolagens firmor, men firman *HS Vakuumplast Aktiebolag* fick ändå anses ha tillräckliga särdrag för att skilja den från firman *Vakuum Plast Industri Aktiebolag*. *Vakuum Plast Industris* firma hade varit i bruk åtskilliga år innan *HS Vakuumplasts* firma registrerades. Det hade emellertid inte visats att ordet *vakuumplast* vid tiden för *HS Vakuumplasts* registrering redan var inarbetat som kännetecken för *Vakuum Plast Industri*. Förväxlingsbarhet kunde därför inte heller på denna grund anses föreligga.

Däremot har *Aktiebolaget Lättbetonghus, Werner Jansson* ansetts vara förväxlingsbar med firman *Svenska Lättbetonghus Thure B. Larsson*. Båda företagen bedrev verksamhet inom Göteborgsområdet.[383]

> HD uttalade att förekomsten av en registrerad firma i ett icke särskilt egenartat s.k. verksamhetsord, sådant som *lättbetonghus*, i och för sig inte utgjorde hinder mot att samma ord användes i en senare registrerad firma. För att detta skulle få ske, krävdes dock att den sistnämnda firman i övrigt utformades så att den vid en jämförelse mellan firmorna i deras helhet tydligt skilde sig från den tidigare registrerade. Det i firman *Aktiebolaget Lättbe-*

[383] NJA 1959 s. 497 (Lättbetonghus).

> *tonghus, Werner Jansson* ingående personnamnet kunde, särskilt i betraktande av dess placering inte anses ägnat att med erforderlig tydlighet skilja den firman från firman *Svenska Lättbetonghus Thure B. Larsson*. Inte heller eljest förelåg mellan firmorna sådan olikhet att de tydligt skilde sig från varandra. Likheten mellan firmorna måste – med hänsyn till överensstämmelsen mellan den under *Larssons* firma drivna rörelsen och *Aktiebolaget Lättbetonghus, Werner Janssons rörelse* ävensom till att båda rörelserna drevs inom samma ort med huvudsakligen gemensamt verksamhetsområde – lätt kunna leda till förväxling av firmorna.

Samtidigt blir bedömningen av *branschlikhet* – den *firmarättsliga* motsvarigheten till varuslagslikhet – mer diffus än den motsvarande varuslagslikheten inom kännetecknensrätten. I fråga om branschlikhet uttalades i motiven till FL att branscher ofta grep in i varandra. Branschlikhet kunde vara för handen inte endast när en verksamhet omsatte samma eller liknande slags varor eller tjänster. Vid användning av liknande firmor inom olika distributionsled, kunde förväxlingsrisken vara ringa där verksamheten riktade sig till skilda kretsar, t.ex. när en detaljhandlare inte sålde till andra än konsumenter och en fabrikant eller grosshandlare enbart till detaljhandlare. Eftersom branscher kunde utvidgas och förändras, borde ensamrätten sålunda omfatta inte bara verksamhet som av ålder föll in under branschen, utan även verksamhet som låg inom räckhåll för firmahavaren på grund av branschens naturliga rörlighet.[384]

NJA 1970 s. 308 (Maskinservice Aktiebolaget Filip) gällde yrkande om förbud att använda firman *Maskinservice Aktiebolaget Filip* på grund av förväxlingsbarhet med firman *Svenska Aktiebolaget Philips* och inregistrerade varumärken, i vilka ordet *Philips* ingick.

> HD konstaterade att det mellan orden *Philips* och *Filip* förelåg stor ljudlikhet och även i övrigt betydande likhet. *Maskinservicebolaget* ägnade sig huvudsakligen åt montering, installation och annan service av tyngre maskiner, i första hand pressmaskiner som levererades till svenska industrier av ett belgiskt företag. I denna verksamhet tog *Maskinservicebolaget* uppenbarligen befattning med varuslag, överensstämmande med eller liknan-

[384] SOU 1967:35 s. 188 f.

> de dem, för vilka de av *Philipsbolaget* åberopade varumärkena registrerats. Även om *Philipsbolaget* hade tyngdpunkten i sin verksamhet förlagd till andra områden och främst på dessa andra områden blivit välbekant för allmänheten, hade det sedan länge tillverkat och salufört också maskiner avsedda för industriellt bruk, bland annat inom verkstadsindustrin. *Philipsbolaget* hade alltså i den delen drivit verksamhet av liknande slag som den maskinservicebolaget hade ägnade sig åt. Med hänsyn till beskaffenheten av de båda bolagens verksamhet, och de varor som *Philipsbolagets* varumärken avsåg, fick likheten mellan maskinservicebolagets firma, å ena, samt *Philipsbolagets* firma och varumärken, å andra sidan, anses lätt kunna leda till förväxling.

Från judiciell praxis bör beröras även ett avgörande,[385] där en *branchlikhetsbedömning* med något vidare likhetsnorm anlades. Fråga var om förväxlingsbarhet mellan firmor som båda hade *EF* som firmadominant. Av särskilt intresse var fråga om branschlikhet. Det ena företaget var inriktat mot undervisning av skolungdom i språk och anordnande av språkresor för skolungdom, medan det andras verksamhet i huvudsak var allmän språkundervisning för vuxna samt för näringsliv och förvaltning.

> HD konstaterade att det med hänsyn till såväl de grupper till vilka kärandens marknadsföring riktat sig som till innehållet i de kurser som erbjudits näringsliv och förvaltning, inte kunde råda tvekan om att de omtvistade kännetecknen avsåg verksamheter och tjänster, väl inte av samma, men av liknande slag. Firmorna var att anse som förväxlingsbara.

I FL finns bestämmelser om hinder mot registrering av firma som är förväxlingsbar med annans varumärke, och på motsvarande sätt utgör enligt VmL annans med det sökta varumärket förväxlingsbara firma registreringshinder för varumärket (jfr ovan s. 208). En näringsidkare får sedan enligt 3 § VmL skydd för sin firma gentemot användning av förväxlingsbara varukännetecken.[386] På motsvarande sätt skyddas en nä-

[385] NJA 1985 s. 194 (EF).
[386] Se Oversikt s. 22 ff.

ringsidkares varumärke mot annans användning av ett därmed förväxlingsbart näringskännetecken enligt 5 § FL.[387]

I förväxlingsbedömningen mellan firma och varukännetecken skall, på samma sätt som bedömningen i fråga om ordvarukännetecken, betydelse i första hand läggas vid de syn- och hörselintryck som kännetecknen ger, men också till kännetecknens begreppsmässiga innehåll eller föreställningsinnehåll. Vidare måste hänsyn tas till den bleknande minnesbilden – att en konsument i allmänhet inte har möjlighet att samtidigt jämföra två kännetecken. Därtill måste bedömningen göras med hänsyn till likheten mellan varu- och näringsslag.[388] I den juridiska litteraturen har också påpekats att det är av betydelse att en bransch kan omfatta andra varuslag än dem som firmahavaren i fråga tar befattning med.[389]

En viktig grundprincip är att förväxlingsbarhet skall avgöras i en helhetsbedömning av likheten mellan kännetecknen och anknytningen mellan de varor och tjänster som märket avser och den bransch där firman används. I fråga om förväxlingsbarhet mellan *varukännetecken* och ansökan om *firma*, måste varuslaget ställas mot arten av näringsverksamheten hos den sökta firman. Frånsett känneteckenslikhet, krävs här att den rörelse som firman kännetecknar, är verksam i samma eller liknande bransch som den, vilken de varor tillhör som varumärket kännetecknar. Vid denna helhetsbedömning skulle enligt VK hänsyn tas till alla i sammanhanget relevanta omständigheter. Av särskild betydelse är emellertid hur stor ursprunglig eller förvärvad särskiljningsförmåga som det äldre kännetecknet har.[390]

Enligt VK hade det också varit en utgångspunkt för lagstiftaren att bedömningen av frågor om förväxlingsbarhet mellan ett varumärke och en firma så långt möjligt bör göras på samma sätt som bedömningen av frågor om förväxlingsbarhet mellan ett yngre och ett äldre varumärke, d.v.s. som en känneteckensrättslig bedömning. Ett varumärke skall alltså enligt huvudregeln anses vara förväxlingsbart med en äldre firma, om

[387] Se Immaterialrätt s. 233.
[388] Se SOU 1958:10 s. 286 och SOU 2001:26 s. 370.
[389] Se Essén s. 54 f.; jfr SOU 2001:26 s. 370.
[390] Se SOU 2001:26 s. 370.

det är ”identiskt med eller liknar firman och märket avser varor eller tjänster med anknytning till den bransch där firman används, inbegripet att konsumenterna uppfattar att det finns ett samband mellan den som använder varumärket och innehavaren av firman.” Det sagda skulle också gälla andra varu- och näringskännetecken.[391]

VK påpekade att man i förväxlingsbedömningen mellan närings- och varukännetecken, på samma sätt som vid bedömningen av likheten mellan två varukännetecken, borde lägga huvudvikten vid kännetecknens distinktiva delar. I den praktiska tillämpningen tog man emellertid inte alltid tillräcklig hänsyn till att många firmor hade svag särskiljningsförmåga. Därför tillerkändes firman ofta ett större skyddsomfång än vad som var motiverat med hänsyn till dess särskiljningsförmåga.[392]

I RÅ 1984 Ab 124 (Scan II) var fråga om förväxlingsbarhet mellan den sökta firman *Scansped Trading AB* och det mothållna varumärket *Scan*.

> PBR, vars beslut inte ändrades av RegRn, fann att märket *Scansped Trading* (jämte figur) inte kunde anses förväxlingsbart med *Scan* mot bakgrund av det strängare likhetskrav som enligt administrativ praxis uppställts vid prövning av förväxlingsbarheten mellan ett varumärke och en firma. Varumärket bestod av ordet *Scan* (också det i visst figurutförande). Ordet *Scan* ingick som prefix i sin helhet i det sökta märket och fick också anses utgöra en pregnant del av detta. Märkeslikhet fick därför enligt allmänt tillämpade bedömningsgrunder anses vara för handen.

4.4.3 Namn

Enligt 13 § NamnL får efternamn inte registreras, vilka lätt kan förväxlas med annans konstnärsnamn eller likartat namn som är allmänt känt, med beteckning för stiftelse, ideell förening eller därmed jämförlig sammanslutning, med annans firma, varumärke eller inarbetade kännetecken eller med egenartade titlar på upphovsrättsligt skyddade verk eller särskilt skapade namn som förekommer i sådana verk. Också här finns

[391] Op. cit. s. 369.
[392] Op. cit. s. 370.

således ett korsvist skydd på motsvarande sätt som mellan varumärke och firma, eftersom varumärke eller firma inte får registreras om de innehåller eller består av något som är ägnat att uppfattas som annans släktnamn eller konstnärsnamn (14 § 4 VmL, 10 § 4 FL).[393] Administrativ praxis är påtagligt sträng i detta hänseende. PBR har t.ex. i ett pleniavgörande ansett att efternamnet *Hummel* utgjorde registreringshinder för ordmärket *Hummel* (i figur), trots att ordet *hummel* kan tillmätas viss *primärmening*.[394]

Om någon har förvärvat ett egenartat efternamn, får ett namn som lätt kan förväxlas med detta användas av någon annan endast om han kan åberopa rätt till namnet eller om han eller släkten av ålder eller annars enligt ortens sed har burit det som tillnamn (20 § första stycket NamnL). Enligt 20 § andra stycket NamnL är det också förbjudet att obehörigen, till nackdel för den som har förvärvat ett egenartat efternamn, i näringsverksamhet använda en firma, ett varumärke eller ett annat kännetecken som lätt kan förväxlas med namnet.[395] Även om det i lagen talas om att namnen *lätt* måste kunna förväxlas, torde principer för varumärkesförväxling i stor utsträckning kunna appliceras även på förväxlingsbara efternamn. Vid likhet i stavning eller uttal, där det är lätt att förväxla namnen, kan det således antas föreligga förväxlingsrisk.[396] I övrigt går det knappast att ange en fast regel för när namn anses lätt kunna förväxlas, utan bedömningen måste göras från fall till fall.[397]

Här kan nämnas ett par namnrättsavgörande där, i det ena, fråga var om användning av ordet *Vänerskog* som firmadominant kunde inkräkta på rätten till släktnamnet *Wänerskog*[398] och i det andra, fråga var om användningen av benämningen *Gullmarsstrand* på en turistanläggning,

[393] Jfr Åndsretten s. 370.
[394] PBR mål 98-512 (Hummel) (plenum).
[395] Se Namnlagen s. 150 f. samt Halén i NIR 1988 s. 402 ff.
[396] SOU 1960:5 s.164 ff.
[397] Ericsson, Namnlagen. Namnskick och namnrätt med lagkommentarer s.141.
[398] NJA 1973 s. 717 (Vänerskog).

kunde innebära nackdel enligt 20 § andra stycket NamnL för innehavare av efternamnet *Gullmarstrand*.[399]

> Domstolen, som i det senare avgörandet konstaterade att det, liksom i det tidigare avgörandet, fråga inte var om ett i verkligheten förekommande namn på en ort eller dylikt, varmed verksamheten hade samband, utan ett tillskapat uttryck för att ange att verksamheten bedrevs vid Gullmaren. Ordet *Gullmarsstrand*, som framstod som en tämligen naturlig ordbildning och som redan tidigare kommit till användning i trakten, fick anses ha en klarare och mer preciserad geografisk anknytning än beteckningen *Vänerskog*, som avsåg att ange skogsägareföreningens anknytning till trakterna kring sjön Vänern. Med hänsyn härtill, kunde efternamnet *Gullmarstrand* inte anses lika särpräglat som namnet *Wänerskog*. Enligt HD fick den som antog ett efternamn, där hela eller större delen av namnet härleddes till en geografisk benämning, räkna med en viss risk för förväxling med allehanda likartade eller snarlika sammansättningar med samma anknytning. HD fann det inte visat att *Gullmarsstrand* som benämning på turistanläggningen innebar nackdel för *Gullmarstrand* i NamnLs bemärkelse.

Av visst intresse är att det i 20 § NamnL talas om just *nackdel* och inte om *förfång*. Medan *förfång* i dag ger uttryck för en ekonomisk skada, talas härmed således om en skadetyp *sui generis*. I anslutning till *Vänerskog*- och *Gullmarstrand*-avgörandena konstaterade *Halén* att ordet *nackdel* i 20 § andra stycket NamnL användes som rekvisit vid sidan av förväxlingsrisken. Detta fick, för att rekvisitet skulle få någon självständig betydelse, som regel antas innebära åtminstone så mycket att den obehöriga användningen medförde olägenhet av någon praktisk betydelse för den som gjorde gällande intrång. Att denne ville vara ensam om namnet kunde i allmänhet inte anses tillräckligt. Det sagda hade stöd i förarbetena till motsvarande bestämmelse i den äldre namnlagen.[400]

---

[399] NJA 1985 s. 563 (Gullmarstrand); se om avgörandena Namnlagen s. 151 ff. samt Halén i NIR 1988 s. 412 ff.

[400] Halén hänvisade här till 19 § andra stycket i 1963 års namnlag, liksom även till SOU 1960:5 s. 214 och 204. Där talades i stället om *men*: ”Det enklaste fallet är då käranden kan påvisa, att förväxling mellan namnhavarna skett. Detta kan redan i och för sig vara ett tecken på att men för käranden uppkommit, men hans argumentering vinner givetvis i styrka om han därtill kan

Vid bedömningen skulle även rent ideella intressen tillgodoses. I enlighet med det anförda kunde redan den omständighet att ett kännetecken som användes i näringsverksamhet var förväxlingsbart med ett egenartat efternamn, inte utan vidare innebära tillräcklig nackdel för att talan om förbud mot en fortsatt användning av kännetecknet skulle bifallas. I vad avsåg tillgodoseendet av ideella intressen, framgick det av de angivna motivuttalandena att sådan talan kunde bifallas även utan att någon förväxling faktiskt ägt rum, om namnhavaren ofta sattes i relation till näringsidkaren eller dennes verksamhet och därav led *psykiskt obehag*.[401]

Enligt min uppfattning, ligger det som *Halén* ger uttryck åt inom ramen för antaganden om förhållandena mellan kännetecknens *mening* och *referens*. *Gullmarsstrand/Gullmarstrand*, liksom *Vänerskog/Wänerskog*, har båda ursprunglig eller primär *referens* till *Gullmarsfjorden* respektive skogarna vid *Vänern*. Den springande punkten här blir närmast om den olägenhet (jfr 20 § NamnL) som registreringen av firman *Vänerskog* skulle kunna medföra för familjenamnet *Vänerskog*. Trots en gemensam *referens*, är det väl ganska självklart att familjen, med sitt namn, inte hur som helst vill bli förknippad med det aktuella skogsföretaget. Medan namnrättens huvudpunkter och dess förhållande till övriga immaterialrätter – främst varukännetecken och firma – tar sikte på *referensförhållanden*, d.v.s. en förväxling mellan namnets bärare och annan fysisk eller juridisk person med, i förekommande fall kommersiellt ursprung, siktar kravet på *nackdel* enigt 20 § andra stycket NamnL närmast på namnets *meningsaspekter*. Det bör väl knappast kunna finnas något generellt *obehag* (jfr strax ovan) för namnbäraren att förknippas med annans näringsverksamhet, utan obehaget måste snarast vara förknippat med en *mening* som finns i annans kännetecken.

---

visa, att förväxlingen lett till besvär eller rent av förlust för honom. Sistnämnda synpunkt blir av särskild betydelse om svaranden åberopar skäl för att få behålla namnet. Även men av annan natur måste beaktas. Den som kan visa att han upplagt en reklamkampanj, en tillverkning el. dyl. med namnet som viktig faktor och därefter hindras att genomföra sina planer av den anledningen, att namnet erhållits av annan, har lidit men i detta lagrums mening." (SOU 1960:5 s. 204).

[401] Halén i NIR 1988 s. 413.

4.4.4 Titelskydd

Ett visst kännetecknsrättsligt skydd ges också genom titelskyddet i upphovsrätten (50 § URL). Där anges att ett litterärt eller konstnärligt verk inte får göras tillgängligt för allmänheten under sådan titel, pseudonym eller signatur, att verket eller dess upphovsman lätt kan förväxlas med förut offentliggjort verk eller dess upphovsman. Titelskyddets placering just i upphovsrätten kan ifrågasättas, eftersom det fyller huvudsakligen en kännetecknsfunktion. Titelskyddet har också sitt ursprung utanför upphovsrättslagen. Det infördes 1942 i 1931 års IKL. Enligt 9 § andra stycket IKL stadgades straff för den som i näringsverksamhet eller eljest offentliggjorde eller mångfaldigade litterärt eller musikaliskt verk eller verk av bildande konst under *egenartad* titel eller diktat namn, varigenom lätt kunde föranleda förväxling med annans förut offentliggjorda verk eller dess upphovsman, och gärningen skedde med uppsåt att framkalla sådan förväxling.[402] AK övervägde om titelskyddet skulle kvarstå inom det konkurrensrättsliga området eller om det var mer ändamålsenligt att överföra titelskyddet till upphovsrättslagstiftningen.[403] Slutligen valdes att föra över titelskyddet från IKL till URL, något som i dag kanske kan ifrågasättas. Frågan är om det ändå inte närmast hör hemma inom kännetecknsrätten.[404]

I fråga om titlar som sinsemellan ansetts förväxlingsbara, kan erinras om ett avgörande om titeln *Skotten i Dallas*, avseende dels en bok, dels ett TV-program, vilka båda handlade om mordet på den amerikanske presidenten *Kennedy.* Först sändes ett TV-program med titeln *Skotten i Dallas* i svensk TV år 1966. Några år senare gav ett bokförlag ut en bok om samma mord och med samma titel. TV-företaget gav sedan i sin tur år 1971 ut en bok med samma titel baserad på TV-programmet. TV-företaget och bokförlaget påstod båda att de hade titelskydd och att motparten begått intrång i detta.

---

[402] Se härom prop. 1942:257 s. 17; Levin, Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens 1944 s. 114 ff.

[403] Se SOU 1956:25 s. 399 ff.

[404] Nordell i NIR 2002 s. 109.

> HD[405] beaktade att TV-programmet bara hade sänts en gång, att fyra år förflutit innan den första boken utgavs samt att verken var av olika art och lade detta till grund för att ogilla TV-företagets talan. TV-företaget ansågs dock ha gjort intrång i bokförlagets rätt till boktiteln, Enligt domstolen hade intrånget kunnat undvikas genom ett särskiljande tillägg.

Bestämmelsen i 50 § URL bör jämföras med 14 § första stycket 5 VmL, enligt vilken ett varumärke inte får registreras om det innehåller något som är *ägnat* att uppfatta som titel på annans skyddade litterära eller konstnärliga verk, där titeln är *egenartad.* Titelskyddets kännetecknsrättsliga karaktär bör medföra att kännetecknsrättsliga principer skall anläggas i fråga om dess tillämpning. AK uttalade också att frågan om förväxlingen kunde anses föreligga, var avsedd att bedömas på samma sätt som enligt IKL. Med hänvisning till motiven till 1942 års ändringar i IKL uttalades att förväxling mellan individualiseringsmedel kunde äga rum, inte bara om de helt och hållet överensstämde med varandra, utan även om de företedde likheter i sina huvuddrag eller i någon karakteristisk del. Det måste lämnas åt rättspraxis att efter prövning i varje särskilt fall bestämma när kännetecken lätt kunde förväxlas. Vid sådan prövning vore det ofta nödvändigt att ta hänsyn även till andra omständigheter än individualiseringsmedlens utseende. För ingripande fordrades inte att förväxling redan förekommit och förfång uppstått.[406]

Endast ett prejudicerande avgörande finns som belyser titelskyddets gräns mot varumärkesrätten. RegRn[407] ansåg att varumärket *Svarte Rudolf* för köksartiklar inte kunde registreras på grund av titeln till *Karlfeldts* dikt *Svarta Rudolf*. Avgörandet kan kritiseras. Även om titeln till *Karlfeldts* dikt har samma såväl *primärreferens* som *primärmening* som i detta fall *Nils Johans* ifrågavarande hushållsartikel, förefaller det långsökt att de på något sätt skulle inkräkta på varandra. Använd som kännetecken förvärvar ju köksartikeln snart en egen *sekundärmening*, vilken så att säga tar över den *mening* som kan ha funnits i *Karlfeldts* dikt

[405] NJA 1974 s. 403 (Skotten i Dallas).
[406] SOU 1956 25 s. 404. AK hänvisade här till Justitiedepartementets promemoria 1942:1.
[407] RÅ 1965 H. 23, NIR 1965 s. 358 (Svarte Rudolf).

(som för övrigt inte har någon som helst koppling till hushållsartiklar). Avgörandet må således ha någon formell giltighet, men framstår som materiellt överspelat.[408]

Man kan dock tänka sig situationer där vissa kända titlar på litterära verk ger associationer, vilka möjliggör att ett företags användning av dem kan medföra minskade marknadsföringskostnader. Om det skulle ske på bekostnad av upphovsmannens rätt till verket vars titel utnyttjas, ligger det nära till hands att anlägga en princip som motsvarar 6 § andra stycket VmL och FL (se vidare strax nedan).

> Till detta bör nämnas det skydd för titlar för bland annat tidningar och tidskrifter som genom registrering eller inarbetning kan ges såsom varumärken. Därtill får titlar på periodiska skrifter enligt 1:7 TF också i praktiken ett visst skydd. Periodiska skrifter får inte utges utan ett av PRV utfärdat utgivningsbevis (5:5 TF). Bevis får emellertid inte utfärdas om den ifrågavarande skriftens titel företer sådan likhet med titeln på annan skrift för vilken utgivningsbevis tidigare utfärdats, att förväxling lätt kan ske, 5:5 tredje stycket TF. Av praktiskt intresse i sammanhanget är att någon granskning inte görs mellan registret för periodisk skrift och övriga immaterialrättigheter.

4.4.5 Väl ansedda kännetecken

Välrenommerade kännetecken har ett vidare skydd än mer alldagliga sådana. Att kalla en frisersalong för *Sax & Fön*, *Hårizont*, *Klipp Till* eller *Shortcuts*,[409] stör ingen. Det påverkar inte aktörerna inom marknaden och inkräktar inte på annans legitima intressen. Det har att göra med att frisersalonger som regel har en så begränsad inarbetningsarea och även om deras firma eller använda firmadominant inte i någon del motsvarar det kännetecken som verksamheten bedrivs under, kan de få leva vidare under det valda kännetecknet just av dessa skäl. När det gäller vissa andra kännetecken, ter sig verkligheten helt annorlunda. Då kan

[408] Se Nordell i NIR 2002 s. 110.

[409] Se om namn på frisersalonger, Lindstrand m.fl, Frisör, Amendesign, Stockholm 2002.

alla angrepp eller försök till anspelning verka som renommésnyltning på, eller urvattning av, kännetecknet ifråga.

Kravet på att förväxlingsbara kännetecken skall röra samma eller liknande varuslag är endast en huvudregel. Utanför varuslagslikhetsområdet är det alltså fritt att åberopa annans varukännetecken.[410] Det finns emellertid ett viktigt undantag som har sin förklaring i att vissa kännetecken har ett särskilt skyddsbehov som går utanför den tekniska konkurrensrelationen. Det gäller kännetecken som är *väl ansedda* inom marknaden.[411] Skälet till att ge *väl ansedda* kännetecken ett vidare skydd än andra är främst att sådana kännetecken är särskilt utsatta för utnyttjande. Ett kännetecken som genom lång och intensiv inarbetning har fått särskilt anseende på grund av kvalitet, reklam och *goodwill*, blir lätt särskilt frestande att snylta på.[412] Den som efterliknar ett sådant, får en otillbörlig fördel, eftersom han utnyttjar det värde som annan har tillskapat.[413]

Man kan laborera med ett antal mer eller mindre kvalitativt och kvantitativt färgade krav på anseende och kännedom: *väl känd*, *välrenommerad*, *väl ansedd*, *Kodakkännetecken*, *notoriskt känt kännetecken*, *världskännetecken,* och *premiumkännetecken*. Medan uttryck såsom *välrenommerad* och *väl ansedd* tenderar att ta sikte närmast på den mer kvalitativa uppfattningen om ett känneteckens anseende eller ställning inom marknaden, där betydelsen av kännetecknets kännedom eller inarbetning synes spela mindre roll, har *Kodakkännetecken*, *världskännetecken* och *notoriskt kända kännetecken*, närmast att göra med hur känt ett kännetecken är.[414]

---

[410] Det har tidigare ansetts att varuslagslikhetsbedömningen skall företas med hänsyn till för vilka varor kännetecknet registrerats (Nial i Festskrift till Gösta Eberstein s. 215 f.). Det finns en historisk förklaring till detta synsätt, vilken framgår av att vilseledande användning av *inarbetade* kännetecken tidigare föll under 9 § IKL (jfr Heiding s. 85). På senare tid har utvecklingen emellertid gått mot att hänsyn i stället skall tas främst till de varor, för vilka kännetecknet *används*, se särskilt NJA 1990 s. 469 (Silva); jfr även angående det varumärkesrättsliga användningstvånget Noveller s. 41 ff.

[411] Koktvedgaard/Levin s. 372.

[412] Kobbernagel II s. 198.

[413] Loc. cit.

[414] Se Kur i IIC 1992 s. 219 ff.; angående skillnaden mellan notoriskt kända och kända (väl ansedda) kännetecken se Kur i GRUR 1994 s. 330 ff.

Att ett kännetecken är *väl ansett* här i landet är inte detsamma som att det är notoriskt känt. Såväl i fråga om *notoriskt kända* kännetecken som om *världskännetecken* och *premiumkännetecken*[415] torde man fortfarande kunna tala om *Kodakkännetecken*. En skillnad är dock att ett *Kodakkännetecken* kan ha sin ställning och inarbetningsgrad lokalt, t.ex. *NK* som får anses känt i hela Sverige, men som för den skull – till skillnad från *världskännetecken*[416] och *premiumkännetecken*, såsom *Coca-Cola*, *Rolls-Royce* och *Volvo* – inte har samma kännedomsgrad över i stort sett hela världen.[417] Såväl *väl ansedda* kännetecken som *notoriskt kända* kännetecken kan vara egentliga *världsmärken*. Men de behöver inte alls ha denna kvalitet.[418] Ett kännetecken kan alltså vara väl ansett här i landet, såsom t.ex. *NK*, och t.o.m. synnerligen väl känt, utan att ha någon som helst internationell utbredning.[419] Här kan en jämförelse göras med en modell – den s.k. kännedomspyramiden – som tagits fram inom företagsekonomin av *Aaker*.[420]

> I pyramidens botten finns de som alls inte känner till kännetecknet, inte ens om de får hjälp. I nästa steg finns de som känner igen kännetecknet vid val mellan ett antal alternativa kännetecken, men som, till skillnad från dem på nästa nivå, spontant kan nämna varumärket när de får se en figursymbol eller erinra sig symbolen. I pyramidens topp finns de kännetecken som förbrukaren kan nämna inom en viss produktkategori – ”top of mind.”

Skyddet för väl ansedda kännetecken finns i 6 § andra stycket VmL och 6 § andra stycket FL. Enligt 6 § andra stycket VmL kan förväxlingsbarhet åberopas även till förmån för ett kännetecken som är väl ansett, om användningen av ett annat liknande kännetecken skulle dra otillbörlig fördel av eller vara till förfång för det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende. Bestämmelsen fick sin gällande av-

[415] Jfr Borgenhäll i NIR 2000 s. 157.
[416] Jfr Kohler, Warenzeichenrecht s. 219.
[417] Jfr Koktvedgarrd/Levin s. 385.
[418] Jfr Noveller s. 32.
[419] Koktvedgaard/Levin s. 309; se härtill också Kur i IIC 1992 s. 218.
[420] Aaker, Managing Brand Equity.

fattning i och med 1993 års revision av VmL.[421] Bakom bestämmelsen ligger Varumärkesdirektivets art. 4.4 a och 5.2. Enligt Varumärkesdirektivets art. 4.4 a skall ett märke inte registreras, eller om det är registrerat, skall det kunna ogiltigförklaras om det är identiskt med, eller liknar ett äldre gemenskapsvarumärke enligt punkt 2 och det avses bli registrerat för eller har registrerats för varor eller tjänster som inte liknar dem för vilka det äldre gemenskapsvarumärket är registrerat, om det äldre gemenskapsvarumärket är känt i gemenskapen och användningen av det yngre varumärket utan skälig anledning, skulle dra otillbörlig fördel av eller vara till förfång för det äldre gemenskapsvarumärkets särskiljningsförmåga eller renommé. Motsvarande registreringshinder gäller enligt Varumärkesförordningens art. 8.5.

Enligt direktivets art. 5.2 kan en medlemsstat besluta att innehavaren skall ha rätt att förhindra tredje man, som inte har hans tillstånd, att i näringsverksamhet använda ett tecken som är identiskt med eller liknar varumärket med avseende på varor och tjänster av annan art än dem för vilka varumärket är registrerat, om användningen av tecknet, utan skälig anledning, drar otillbörlig fördel av eller är till förfång för varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé.[422]

Väl ansedda varukännetecken regleras även i PKs art. 6bis, liksom i TRIPS-avtalets art. 16.3. Art. 6bis PK lyder:

> Unionsländerna förbinder sig att, vare sig *ex officio*, om landets lagstiftning sådant tillåter, eller på yrkande av målsägande, vägra eller förklara ogiltig registrering samt förbjuda användningen av ett fabriks- eller handelsmärke som utgör kopia, efterbildning eller översättning, ägnad att framkalla förväxling, av ett märke som vederbörande myndighet i registreringslandet eller det land där märket brukas finner därstädes vara notoriskt känt såsom redan tillkommande en person som äger njuta förmån av förevarande konvention, och använt för samma eller liknande varor. Detsamma skall gälla, då

[421] Se Ds 1992:13 s. 105 ff.; prop. 1992/93:48 s. 80 ff.

[422] Medan man traditionellt i nordisk rätt således inte på detta sätt skilt mellan ensamrättens tillkomst och dess utövande, återfinns här – även om de syftar till samma resultat – liksom på andra håll i varumärkesdirektivet, skilda bestämmelser för ensamrättens uppkomst och för dess utövande.

märkets väsentliga del utgör en kopia av ett sådant notoriskt känt märke eller en efterbildning av detta, ägnad att framkalla förväxling.

Enligt TRIPS-avtalets art. 16.3 skall PKs art. 6bis vara tillämplig på varor eller tjänster som inte liknar dem för vilka ett varumärke har registrerats, förutsatt att varumärkets användning för dessa varor eller tjänster *tyder på* samband mellan varorna och tjänsterna och det registrerade varumärkets innehavare, och förutsatt att det registrerade varumärkets innehavares intressen kan befaras lida skada av sådan användning.

I den s.k. WIPO-resolutionen[423] (jfr ovan s. 199) ges kriterier på vad som skall anses utgöra ett välkänt varumärke. I art. 2.1 a anges att alla omständigheter skall beaktas vid bedömning av om ett märke är välkänt och i art. 2.1 b ges vissa exempel på omständigheter som kan beaktas såsom kännedom inom omsättningskretsen, användning, marknadsföring, varumärkes värde m.m.[424] I art. 3.1 anges att ett välkänt kännetecken skall åtnjuta skydd i förhållande till andra varukännetecken, näringskännetecken och domännamn, åtminstone från den tidpunkt när det har blivit välkänt i det aktuella landet. Enligt art. 4.1 b skall ett varukännetecken anses vara i konflikt med ett välkänt sådant om det är identiskt med eller liknar det välkända kännetecknet, även om det avser varor av annat slag, under förutsättning att användning av det yngre märket skulle kunna *tyda på ett samband* mellan varor eller tjänster och innehavaren av det väl kända kännetecknet, och att det är sannolikt att användningen av det yngre kännetecknet skulle vara till förfång för innehavaren av det välkända kännetecknet, om det är sannolikt att användning av det yngre kännetecknet på ett otillbörligt sätt skulle nedsvärta eller urvattna det välkända kännetecknets särskiljningsförmåga eller om användning av det yngre kännetecknet skulle dra otillbörlig fördel av det välkända kännetecknets särskiljningsförmåga.[425]

Tidigare gällde enligt 6 § andra stycket a VmL att förväxlingsbarhet *undantagsvis* kunde åberopas till förmån för ett kännetecken som var

[423] Joint Resolution Concerning Provisions on the Protection of Well-Known Marks.
[424] Jfr SOU 2001:26 s. 225 f.
[425] Jfr op. cit. s. 225 ff.

synnerligen starkt inarbetat och känt *inom vida kretsar av allmänheten*, såframt med hänsyn därtill användningen av ett annat liknande kännetecken skulle innebära ett otillbörligt utnyttjande av det förras *goodwill*, eller enligt 6 § andra stycket b, för ett kännetecken som var *inarbetat*, där med hänsyn till den särskilda arten av de varor om vilka fråga var, användningen av ett annat liknande kännetecken uppenbarligen skulle förringa det förras *goodwill*. Motsvarande regel fanns också i FL. Eftersom direktivet avsåg att harmonisera endast varumärkesrätten, ansåg den svenska lagstiftaren ursprungligen att det äldre *Kodakskyddet* kunde och borde behållas inom firmarätten. Snart insåg man dock att det med hänsyn till det nationella korsvisa skyddet mellan varumärke och firma blev ohållbart att behålla det gamla *Kodakskyddet* inom firmarätten, varför 6 § andra stycket FL redan 1995 reviderades till att motsvara varukänneteckensrättens anseendeskydd. [426]

Den äldre bestämmelsen kom allmänt att kallas för *Kodakskydd* efter det engelska intrångsavgörandet från 1898,[427] i vilket det för första gången erkändes ett skydd utöver varuslagslikhetsområdet. Där konstaterades att kännetecknet *Kodak* för fotoartiklar m.m. kunde utgöra hinder mot användning av samma kännetecken för cyklar. Även om den del av bestämmelsen som tog sikte på åtgärder som medförde förringande av *goodwill* (6 § andra stycket b VmL) vanligen kallades för *råttgiftsregeln* (efter ett motivuttalande där det tänkta exemplet var att ett känt och välrenommerat kännetecken för parfym användes för råttgift),[428] kom hela bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL allmänt att sägas ge uttryck åt *Kodakdoktrinen*. I dag talas hellre om skydd för *väl ansedda känne-*

[426] Se prop. 1994/95:59.

[427] Eastman Photographic Materials Co. Ltd. v. John Griffiths Cycle Corp. Ltd. (RCP 1898 s. 105). jfr Mostert s. 13 f. och 408; Varumärkeskonflikter s. 105, Oversikt s. 318, Kobbernagel II s. 197 samt dens. i NIR 1951 s. 73.

[428] Bestämmelsen kunde vara tillämplig på kännetecken vars goodwill, på grund av arten av de varor, för vilka kännetecknet användes, kunde sägas vara speciellt ömtålig. ”Så kan ibland vara fallet med kännetecken för vissa livsmedel, njutningsmedel, parfymerivaror, skönhetsmedel o.s.v. Är visst märke inarbetat för dylik vara kan ett liknande märkes begagnande för exempelvis råttgift, medel mot alkoholism eller veneriska sjukdomar, laxermedel, likkistor eller kloakrör skada det inarbetade märkets renommé” (SOU 1958:10 s. 258 f.).

tecken eller om ett *anseendeskydd*. Innan en närmare beskrivning ges av gällande ordning, kan det vara på sin plats att något stanna vid det skydd som kom att utvecklas enligt den äldre *Kodakdoktrinen*.

Kodakdoktrinen var på många sätt ett genombrott för varumärkesrättsligt skydd av *mening* i nordisk kännetecknsrätt. Även om den existerade som en kännetecknsrättslig teori redan under förra hälften av 1900-talet,[429] kom den att lagfästas först genom 1960 års VmL.

I motiven till VmL uttalades att när ett sådant märke användes av annan, kunde köparen missledas i fråga om varans kommersiella ursprung, d.v.s. han kunde tro sig köpa en vara av As tillverkning, medan han i verkligheten fick en vara som framställdes av B. Här var enligt motiven fråga om förväxling. Denna uppstod därför att märket var så starkt inarbetat för A, att dess användning även i samband med helt andra varor än för dem märket hade blivit känt, förledde köparen att tro att också de andra varorna härledde sig från A. Det kunde också hända, att köparen visserligen insåg att varan inte kom från A utan från B, men på grund av att båda använde samma märke, bibringades han föreställningen om en viss samhörighet mellan rörelserna. Han förleddes härigenom att tro att den *garanti* som han förband med As varor, omfattade även Bs. Också i detta fall förelåg ett slags förväxling. I här angivna situationer var det vidare skyddet motiverat såväl av hänsyn till innehavarens *goodwill*, som av hänsyn till konsumenterna. Om det kända märket var mycket säreget eller kanske unikt, medförde annans användning därav för helt olika varuslag att kännetecknets distinktivitet och reklamvärde förminskades. Var kännetecknet känt som ett kvalitetsmärke, kunde dess anseende lida skada om annan begagnade det för undermåliga varor.[430] I dessa senare fall motiveras ett skydd, som gick utanför varuslagslikhet, främst av hänsyn till märkeshavaren.[431]

I motiven anfördes vidare att skyddet i regel sträckte sig till endast ett litet fåtal märken *av synnerligt renommé*. I andra fall, där förutsättning-

[429] Se Härom Kobbernagel i NIR 1951 s. 73 ff. samt förhandlingarna vid det sjunde nordiska mötet för industriellt rättsskydd 1951 (NIR 1952 s. 33 ff.).
[430] Kommittén hänvisar här till Åndsretten s. 450 not 2.
[431] SOU 1958:10 s. 134 f.; jfr prop. 1960:167 s. 74 f. och 77; jfr även Ds 1992:13 s. 107.

arna för *Kodakdoktrinen*s tillämpning var för handen, borde skyddet visserligen kunna gå längre än vanligt, utan att det därför borde anses omfatta alla varuslag. Lagförslaget var här skrivet så att det medgav tämligen stor frihet att beakta alla omständigheter, vilka kunde påverka skyddsområdet. Bland dem borde hänsyn tas bland annat till om märkets egenart var mer eller mindre utpräglad, om dess begagnande av annan kunde minska dess särskiljningsförmåga eller dess reklamvärde och om det kunde antas att den som senare ville använda märket därmed kom att tillgodogöra sig något av märkeshavarens *goodwill*. I varje fall borde skyddet sträcka sig så långt att risk inte uppstod att konsumenterna uppfattade varorna såsom härstammande från samma rörelse eller samverkande rörelser. Med andra ord, tillade utredningen, borde det starkt inarbetade märket alltid åtnjuta skydd mot varje form av förväxling som kunde tänkas uppkomma till följd av att samma eller ett alltför likt märke sedermera antogs av annan.[432]

För att så gå närmare in på rekvisiten enligt den äldre *Kodakdoktrinen*, kan det vara av visst intresse att det uttryckligen talades om just *goodwill*. Någon närmare definition av lokutionen *goodwill* gjordes varken i lagen eller i dess motiv. Generellt uttryckt, kan man kanske säga att *goodwill* är det *mervärde* som ett kännetecken förvärvar som ett resultat av jämn och medveten produktutveckling, servicegrad och marknadsföring. Enligt *Koktvedgaard* hade man funnit anledning att omskriva ”varemærkets verdi” till ordet *goodwill*.[433] Enligt *Knoph* bestod *goodwill* i huvudsak av att man i allmänhet var välvilligt inställd till företaget och dess varor och detta återgick på det goda rykte som det hade vunnit. En rad faktorer låg bakom detta rykte: ”Icke bare kvaliteten av dens varer, men også en mengde andre ting som kulante forretningsmetoder, nasjonal kapital, en populær chef, fiks og flott optreden, kort sagt alt som tegner et fordelaktig billede af forretningen i publikums bevisthet. Den velvilje som følger av dette viser sig først og fremst i efterspørselen efter bedriftens varer. Men også på andre måter kan den være god

[432] SOU 1958:10 s. 137.
[433] Immaterialretspositioner s. 165 f.

å ha. Den støtter forretningens kreditt, virker inn på pressens holdning, kan være et aktivum ved tarifforhandlinger o.s.v."[434]

VFU konstaterade i specialmotiveringen till 6 § andra stycket VmL att med kravet på *goodwill* inte skulle fordras, att de varor som kännetecknet blivit känt för, måste ha blivit kända som produkter av särskilt hög kvalitet. Det var således inte i och för sig något som hindrade att märken för t.ex. enklare husgeråd eller halspastiller fick det vidare skyddet. Även ett sådant kännetecken kunde åtnjuta ett högt *goodwill-värde* om det blivit starkt inarbetat.[435] I dag torde det därför vara allmänt antaget att *goodwill* ligger främst i en *jämn* kvalitet, d.v.s. att man vet vad man får. Således kan en lågprisvaruhuskedja förvärva *goodwill*, när det blir känt för omsättningskretsen att man kan få konstant sämre varor och service till konstant lägre pris.[436]

För att så gå över till den äldre *Kodakdoktrinen*s *kännedomskrav*, d.v.s. ett krav på att *Kodakkännetecknet* i egentlig bemärkelse måste vara *synnerligen starkt inarbetat och känt inom vida kretsar* eller *inarbetat* enligt den anslutande *råttgiftsregeln*, var de av allt att döma alltför höga. Praxis var till följd av kriterierna mycket återhållsam.[437] Kriterierna för *Kodakskydd* medförde naturligt att sådant endast medgavs i undantagsfall.[438] Bristerna synes inte minst ha legat i bestämmelsens alltför *statiska* eller dogmatiska avfattning. Genom att snarare anknyta till notoritetskrav än till omsättningskretsens uppfattning, kom ett krav på *dynamik* i förhållande till skilda kännetecknens egenskaper och funktion inom marknaden att åsidosättas. Även om notoritetskraven successivt luckrades upp genom utvecklingen i praxis, synes fokus ändå i alltför

[434] Åndsretten s. 365; jfr Koktvedgaard som konstaterade att ordet goodwill kunde vara ganska ändamålsenligt som en kort beteckning för en god förvärvsmässig position, ett gott omdöme, en god kundrelationen o.s.v. (Immaterialretspositioner s. 165).

[435] SOU 1958:10 s. 258.

[436] Jfr Grundén i NIR 1995 s. 229.

[437] Koktvedgaard/Levin, Lärobok i immaterialrätt, 2 uppl. s. 299.

[438] Se dock Göteborgs RR 3.2.1965 s. 273 (4711) och Svea HovR dom den 24 juni 1987 (Blend), jfr även RÅ 1984 2:11 (Omega). Fråga om Kodakskydd har vidare funnits med i NJA 1990 s. 469 (Silva) och NJA 1992 s. 663 (Friskis & Svettis) samt Besvärsavd. mål 69/74 (EVE), Kodakmärke, men ej otillbörligt goodwillutnyttjande mellan matfett och cigaretter. Jfr även RÅ 1966 ref. 10 (IH).

hög grad ha riktats mot kännetecknets kännedomskrav. På grund av bestämmelsens ursprung i IKL, emotsågs att bestämmelsen i 6 § andra stycket närmast skulle tillgodose ett konsument- eller allmänintresse.[439] *Kodakregeln* kunde komma i fråga endast för kännetecken som var *synnerligen starkt inarbetade*, varmed avsågs ett inarbetningskrav om ca 80 procent av omsättningskretsen eller mer. Det skulle dessutom vara *känt inom vida kretsar av allmänheten*. Därmed har ansetts att ca 20 procent av allmänheten skulle känna till kännetecknet.[440] Det gamla *Kodakskyddet* kritiserades ofta mot bakgrund av praxis för att vara alltför strängt och för att därmed ge endast de välkända kännetecknen ett tillfredsställande skydd.[441] Visserligen kunde hög inarbetning i omsättningskretsen och kännedom hos allmänheten utgöra ett indicium på att varumärket hade *goodwill*, men risken var stor att många välrenommerade *små* märken föll utanför det skyddade området och således fritt kunde utnyttjas utanför varuslagslikhetsområdet.

Under dess sista år riktades allvarlig kritik mot *Kodakregelns* höga inarbetningskrav. Mellan *Kodakmärken* och de så att säga vanliga kännetecknen med egenvärde uppstod enligt *Levin* i praktiken ett gap mellan de cirka 30–35 procents inarbetningsgrad som ansetts vara tillräckligt för skydd för vanliga kännetecken utan registrering, och de 80–90 procents inarbetning i omsättningskretsen jämte 20–25 procents kännedom utanför denna. Vad som fanns däremellan var alltså ingenting vidare värt i skyddshänseende som krävdes för ett *Kodakkännetecken*.[442] Under *Kodakdoktrinens* sista tid kan inarbetningskraven måhända ha modifierats något genom praxis. I ett avgörande från Svea HovR[443] på-

[439] Jfr SOU 1958:10 s. 135; prop. 1960:167 s. 75 och 77; jfr dock Levins uttalande i Noveller s. 77 där det anges att det, även om goodwillskyddet framhållits, förefaller som om *risk för vilseledande beträffande kommersiellt ursprung* (d.v.s. ett konsumentskydd) varit vägledande för lagstiftaren.

[440] Noveller s. 78.

[441] Se Koktvedgaard/Levin, Lärobok i immaterialrätt, 2 uppl. s. 299; Pehrson i NIR 1989 s. 522 ff.; Noveller s. 71 ff.; jfr Grundén i NIR 1995 s. 228.

[442] Noveller s. 95.

[443] Svea hovrätt dom den 24 juni 1987 (Blend). HovRn fastställde tingsrättens dom.

talade domstolen[444] att det näst intill fullständiga täckningskravet vad gällde inarbetning ”inom omsättningskretsen skulle leda till att alltför många varumärken inte skulle komma att åtnjuta varumärkesrättsligt skydd som Kodakmärke, trots att deras goodwill utnyttjades av andra än märkeshavaren”.[445]

Från *Kodakdoktrinens* sista år kan en ökad betoning av näringsidkarintresset dessutom igenkännas i praxis. Tydligast i den trenden är HDs ställningstagande i det s.k. *Silva*-avgörandet,[446] där domstolen gjorde en väsentligt mer nyanserad bedömning än tidigare i tillämpningen av *Kodakdoktrinen*. Fråga var om såväl varumärkes- som firmaintrång i ordet *Silva* för kompasser vid marknadsföring av flugfångare, huvudsakligen riktad till lantbrukare, under kännetecknet *Silva Miljö*. Trots att bevisningen i målet gav märket status av *Kodakmärke*, kunde användningen av kännetecknet inte innebära ett otillbörligt *goodwillutnyttjande*.

> Domstolen anförde att *Silva Swedens* huvudsakliga verksamhetsinriktning avsåg kompasser, men också andra produkter under varumärket *Silva*, såsom elektroniska navigationsinstrument, ekolod och vindmätare. En mindre del av bolagets omsättning avsåg sportkläder och andra liknande artiklar. Bolaget innehade dessutom agenturen för försäljning av ett myggbekämpningsmedel inom sportfackhandeln, vilket marknadsfördes under annat eget märke. Kännetecknet *Silva* var inte något av de mest kända kännetecknen och kunde inte anses särskilt egenartat. *Silva* var dessutom ett vanligt namn, framför allt i spansktalande länder, och ett förekommande namn i Sverige. Kännetecknet fick därför anses ha en relativt svag särskiljningsförmåga utanför branschområdet för kompasser och liknande varor. *Kodakregeln* befanns inte tillämplig.[447]

---

[444] Domstolen hänvisade till SOU 1958:10 s. 136.

[445] Domstolen åberopade i detta fall Holmqvist i NIR 1975 s. 280.

[446] NJA 1990 s. 469 (Silva).

[447] Jfr även den på visst sätt nyanserade bedömning som gjordes i NJA 1989 s. 854 (Securitas). Med hänvisning till såväl VmLs som firmalagens motiv, anförde domstolen att den dominerande beståndsdelen, och bolagets verksamhet – inkassoåtgärder och kreditupplysnig – som inte låg längre från de sevicetjänster som *Securitasgruppen* erbjöd än att det kunde te sig naturligt att anta att ett samband med *Securitas* förlåg. Bruket av firman var på sikt ägnat att försvaga den särskiljningsförmåga som kännetecknet *Securitas* hade.

Kodakskyddet prövades också i administrativ praxis. I RÅ 1988 ref. 12 (Scan III) ansågs det för *Sveriges Slakteriförbund* registrerade varumärket *Scan* inte ha *Kodakskydd* i förhållande till det sökta märket *Scan Roll* för kabelvindor.

> Enligt RegRn framgick av utredningen att *Scan* var synnerligen starkt inarbetat och känt inom vida kretsar av allmänheten här i riket. Även om märket således i och för sig kunde påräkna ett längre gående skydd än enligt huvudregeln om förväxlingsbarhet, måste emellertid prövas hur långt skyddet sträckte sig. Domstolen konstaterade att märkets egenart inte var särskilt utpräglad. Utanför livsmedelssektorn hade det en förhållandevis svag särskiljningsförmåga. Det kunde inte antas att det sökta märkets användning skulle innebära att dess *goodwill* skulle komma att utnyttjas av sökanden. Eftersom märkena – trots den inarbetning av märket *Scan* och den kännedom därom hos allmänheten som visats föreligga – således inte var att betrakta som förväxlingsbara, saknades förutsättningar att vägra registrering med stöd av 6 § andra stycket VmL.

Efter att mycket ödats åt den första delen av undantagsbestämmelsen i 6 § andra stycket VmL, bör väl någon uppmärksamhet ägnas även dess andra led, den s.k. *råttsgiftsregeln*, som i grunden syftar till ett skydd mot urvattning (varom mera nedan avd. 4.7). I motiven påpekades att i bedömningen av *Kodakregelns* skyddsområde hänsyn, förutom till graden av inarbetning, borde tas till *alla omständigheter* som kunde påverka skyddet.[448] Här kan nämnas det kända märkets egenart, om märkets begagnande av annan kunde minska dess särskiljningsförmåga, eller dess reklamvärde, om det blivit känt för varor av mycket hög kvalitet, likheten mellan det kända märket och en påstådd intrångsgörares märke, om det kunde antas att den som ville använda märket, kom att tillgodogöra sig märkets *goodwill* eller om han tvärt om hade ett beaktansvärt skäl att använda just detta märke. Beaktansvärda skäl för att ha antagit ett redan välkänt märke skulle alltså också vara ett skäl att fria honom.[449]

---

[448] SOU 1958:10 s. 137.

[449] Loc. cit.; Noveller s. 79. Levin hänvisar även till Baumbach/Hefermehl, WZG § 31 Rnr. 189.

4. Skyddsförutsättningar

Av den relativt begränsade nationella rättspraxis som utvecklades enligt *råttgiftsregeln*, kan kanske slutas att även om kraven på kännedom och inarbetning var uppfyllda, ett förväxlingsbart märke kunde tillåtas vid sidan av det tidigare märket. En sådan situation kunde vara att de skilda varuslagen var av sådan art att otillbörligt *goodwillutnyttjande* inte gärna kunde ske. Vidare kunde graden av egenart, liksom skillnaden i *goodwill* mellan de olika kännetecken, anföras som betydelsefulla faktorer. Det torde ytterst vara 6 § andra styckets VmL utpräglade *undantagskaraktär*,[450] som legat bakom dess snäva tillämpningsområde. Det kan vidare antas att ett ökat intresse för ett skydd för varumärkets egenvärde eller *goodwill* eller *mening* delvis bidragit till att *Kodakdoktrinen*s äldre utformning ifrågasatts.

Under förutsättning att det åberopade kännetecknet inte nådde upp till de stränga kraven på inarbetning och kännedom, var det alltså fritt att åberopa annans kännetecken utanför varuslagslikhetsområdet. Om kännetecknet trots allt väl passerat de flaskhalsliknande inarbetningskraven, skulle en bedömning av om åberopandet innebar ett *otillbörligt utnyttjande* av kännetecknets *goodwill* företas, varvid alla relevanta faktorer skulle beaktas.

4.4.5.1 Det gällande skyddet för väl ansedda kännetecken

Den gällande bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL syftar till att öppna för ett tämligen brett skydd över varuslagslikhetsgränserna, vilket också synes vara i linje med den internationella utvecklingen. I den departementspromemoria som låg till grund för den svenska reformen, angavs att den ändrade strukturen vid försäljning av varor som skett sedan VmLs tillkomst, motiverade ett utökat skydd för väl kända kännetecken. Det fanns en tendens inom EG att ansluta sig till det bättre skydd för väl kända kännetecken som direktivet erbjöd, varför ändringarna föreslogs genomföras, trots att direktivets bestämmelse var fakultativ.[451]

[450] Jfr SOU 1958:10 s. 136 och Nordell i NIR 1992 s. 492.
[451] Ds 1992:13 s. 108 f.

De mer fundamentala nyheterna med det gällande skyddet för *väl ansedda* kännetecken är *först och främst* att *Kodakregeln* och *råttgiftsregeln* fördes samman till en regel. Enligt departementspromemorian skulle *råttgiftsregeln* helt täckas av lydelsen av den nu gällande 6 § andra stycket VmL. I stället för *goodwill* talas vidare om *anseende*. Bestämmelsens lydelse, enligt vilken *otillbörlig fördel* eller *förfång* för märkets *särskiljningsförmåga* skall beaktas, får också betydelse för bedömningen där intrångets förmögenhetsöverföring blir till en väsentlig del. Väsentligt är därtill att den äldre bestämmelsens stränga krav på notoritet inte återfinns i den gällande regeln. I dag öppnas i stället för ett mer varierat spektrum av olika aspekter av kännetecknets värde. I motiven anfördes att förutsättningarna för att ett varukännetecken skall vinna skydd inte fick vara så restriktiva. Uttrycket *väl ansett* – vilket slutligen valdes av lagstiftaren – var avsett att vara en översättning av engelskans *reputation*. Kännetecknets anseende innebär en sammanfattning av de positiva egenskaper som det representerar för omsättningskretsen.[452] Hur gränserna skall dras i praktiken, överläts enligt promemorian åt rättspraxis, varvid såväl svensk rätt som de av EES-avtalet omfattande ländernas rätt måste beaktas.[453]

Att ett kännetecken är *väl ansett* är således inte heller nödvändigtvis detsamma som en viss grad av inarbetning. Det ställs i vart fall inte några särskilt högt kvalificerade krav på marknadspenetration. Enligt det tidigare *Kodakskyddet* måste kännetecknet, såsom ovan anges, vara känt av praktiskt taget varje person inom omsättningskretsen och dessutom känt inom vida kretsar av allmänheten.[454] Även om den gällande bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL öppnar för ett bredare skydd över varuslagslikhetsgränserna än de äldre *Kodak*- och råttgiftsreglerna, kvarstår i hög grad frågan om hur kravet på *kännedom* skall ställas mot kravet på *anseende* enligt den nya bestämmelsen, något som varit föremål för debatt alltsedan direktivets införlivande. Ett argument för ett fortsatt krav på viss kännedomsgrad har varit att andra än kvantitativa

[452] Op. cit. s. 109; jfr Wessman i NIR 1993 s. 205.
[453] Ds 1992:13 s. 109.
[454] Koktvedgaard/Levin s. 384.

undersökningar är omöjliga att företa för att avgöra om ett kännetecken är *väl ansett*.[455] Mot en sådan kvantitativ bedömning talar faktum att ett kännetecken inte behöver vara *väl känt* för att vara *väl ansett* och att kännedom och anseende alls inte behöver stå i proportion till varandra.[456]

Att vissa procentsatser inte får användas för att fastställa kännedomsgraden enligt direktivet har slagits fast av EG-domstolen i det s.k. *Chevy*-avgörandet.[457] Avgörandet gällde kännetecknet *Chevy* för bilar, vilket registrerades av *General Motors* i Benelux år 1971. Ett annat företag, *Yplon*, registrerade samma kännetecken och använde det för tvättmedel och diverse rengöringsmedel. *General Motors* väckte år 1995 talan vid nationell domstol och yrkade att *Yplon* skulle förbjudas att använda kännetecknet *Chevy* för tvätt- eller rengöringsmedel på grund av att användningen av det medförde att särskiljningsförmågan hos *General Motors* eget varumärke försvagades. Enligt den nationella domstolen krävdes förtydliganden rörande begreppet *känt varumärke* och om varumärket skulle vara känt i hela Benelux, eller om det var tillräckligt att det var känt i en del av detta område.[458]

> Domstolen konstaterade att det första villkoret för utökat skydd som föreskrivs i art. 5.2 i direktivet, angivits på olika sätt i skilda översättningar: bland annat ”*er renommeret*” i den danska versionen, ”*bekannt ist*” i den tyska versionen, ”*jouit d'une renommée*” i den franska versionen, ”*bekend is*” i den nederländska versionen, ”är känt” i den svenska versionen och ”*has a reputation*” i den engelska versionen. I den tyska, den nederländska och den svenska versionen användes uttryck som innebar att varumärket skulle vara ”känt”, utan att det angavs hur känt det skulle vara. I de andra språkversionerna användes uttrycket ”renommé” eller andra uttryck som, liksom detta uttryck, innebar att varumärket i viss kvantitativ utsträckning skulle vara känt för allmänheten. Denna nyansskillnad, som emellertid inte utgjorde någon egentlig motsägelse, framgick av de mycket neutrala ut-

[455] Se t.ex. Grundén i NIR 1995 s. 233 och 236 ff.
[456] Se Kur i 23 IIC 1992 s. 226 ff. och Wessman i NIR 1993 s. 202 ff.
[457] Mål C-375/97 (Chevy); jfr Varumärkeskonflikter s. 365.
[458] Se härom närmare Pehrson i JT 1999–2000 s. 423 ff. och Wessman i NIR 2000 s. 645 ff.

tryck som användes i den tyska, den nederländska och den svenska versionen. Nyansskillnaden gjorde det emellertid inte möjligt att bestrida att det krävdes att varumärket skulle vara känt i en viss omfattning, vilket framgick av en jämförelse av direktivets samtliga språkversioner. Det var endast för det fall varumärket var tillräckligt känt som den allmänhet som stötte på det yngre varumärket, även vad gällde varor eller tjänster av annan art, i förekommande fall kunde förknippa de två varumärkena med varandra. Varumärket skulle vara känt hos den allmänhet som berördes av det, vilken, i beroende av vilken vara eller tjänst som marknadsfördes, antingen kunde vara den breda allmänheten eller en viss del av allmänheten, exempelvis en viss yrkeskrets. Det var varken enligt ordalydelsen i eller andemeningen med art. 5.2 i direktivet tillåtet att kräva att varumärket skulle vara känt för en viss procentandel av allmänheten. Det äldre varumärket skulle anses tillräckligt känt när det var känt för en betydande andel av den allmänhet som berördes av de varor eller tjänster som täcktes av varumärket. Vid bedömningen av detta villkor skulle samtliga relevanta omständigheter beaktas, särskilt varumärkets marknadsandel, i hur stor omfattning, i vilket geografiskt område och hur länge varumärket hade använts samt hur stora investeringar som företaget hade gjort för att marknadsföra varumärket. Vad gällde det geografiska området, var villkoret uppfyllt om varumärket var känt ”i den medlemsstaten.” Det kunde inte krävas att varumärket var känt i ”hela” medlemsstaten, eftersom det inte angavs i gemenskapsbestämmelsen, utan det var tillräckligt att varumärket var känt i en väsentlig del av den.

Det har traditionellt ansetts finnas en relation mellan kännedomsgrad och ”förväxlingsbarhet”. Endast ett fåtal kännetecken – *notoriskt kända kännetecken*, *premiummärken* eller *världsmärken* – kan göra anspråk på skydd inom samtliga varuslag. För dem kan också antas att otillbörlighetsbedömningen blir av underordnad eller i vart fall mindre betydelse.

För notoriskt kända kännetecken kan det uppstå en paradox, om det är så att kännetecknet skulle anses vara deskriptivt för vissa varor. Ett exempel kan vara kännetecknet *Glimmer* (jfr ovan s. 213) som ju i och för sig inte kan registreras för varor i klass 17, till vilken silikatet glimmer hör. Om kännetecknet skulle vara notoriskt känt, d.v.s. med antagande att skyddet omfattar samtliga varuslag, är frågan om ett konkurrerande företag skulle kunna använda ordet *glimmer* som kännetecken för just glimmer utan att begå in-

trång i kännetecknet *Glimmer*. I dag skulle nog så anses inte vara fallet, under förutsättning att rekvisiten i 6 § andra stycket VmL i övrigt är uppfyllda.[459]

För övriga kännetecken får i stället en helhetsbedömning göras med avseende på hur känt kännetecknet är, varuslagslikhet och arten av tredje mans utnyttjande m.m. Detta har också bekräftats av EG-domstolen som i *Canon*-avgörandet[460] slog fast bland annat att märkets ställning inom marknaden påverkade bedömningen av varuslagslikhet och att om det äldre märket var väl känt, så var kravet på varuslagslikhet lägre (p. 24).

I 6 § andra stycket VmL förekommer – i dag liksom tidigare – även lokutionen *liknande*, vars innebörd kan vara värd att närmare överväga. Det är klart att liknande avser något annat och snävare än *förväxlingsbar*.[461] Allmänt har antagits att *liknande* skulle innebära att kännetecknen *måste* vara *mer lika* än vad som accepteras enligt den allmänna förväxlingsläran.[462] HD uttalade också i det s.k. *Galliano I*-avgörandet att anseendeskyddet förutsatte att märkena var ”identiska eller i vart fall i hög grad överensstämmande”.[463] Uttalandet har dock kritiserats i svensk doktrin, där det påpekas att direktivet inte gör någon åtskillnad mellan *liknande* märken i bestämmelsen om förväxlingsrisk och liknande märken i bestämmelsen om ett utvidgat skydd för väl ansedda märken.[464] Valet av lokutionen ”annat liknande” bör ju lika gärna kunna uppfattas som relaterat till huvudregeln enligt 6 § första stycket VmL, där en tillämpning av den s.k. produktregeln öppnar för en mer elastisk bedömning av relationen mellan kännetecken- och varuslagslikhet. Enligt *Wessman* måste frågan om märkenas likhet nog ses i ljuset av de särskilda omständigheterna i målet. ”Under vissa förutsättningar kan ett

[459] Jfr Varumärke nr 0347640 (Glimmer) som registrerats i klass 28.
[460] Mål C-39/97 (Canon).
[461] Jfr Kunz-Hallstein i GRUR 1999 s. 6 ff.
[462] Se SOU 1958:10 s. 137 f.; jfr hur likhetskravet behandlades i NJA 1992 s. 633 (Friskis & Svettis).
[463] NJA 1995 s. 635 (Galliano I). (Se härom vidare nedan s. 320 f.)
[464] Se Pehrson i JT 1999-2000 s. 427.

strängt krav på märkenas likhet vara på sin plats. Under andra förutsättningar kan en mer liberal inställning härvid vara påkallad. Det yngre märket kan exempelvis skada det äldre i en parodi eller nedsvärtningssituation utan att märkena är i hög grad överensstämmande. Det är i stället en speciell association mellan märkenas begreppsinnehåll som leder till skada. I andra situationer, där varorna ligger mycket långt ifrån varandra, kan en striktare syn på märkeslikheten vara föranledd."[465] En sådan uppfattning stöds också av det senare ovan (s. 254 f.) berörda *LTJ Diffusion*-avgörandet,[466] som ger uttryck åt en elastisk tolkning av likhetsbegreppet *inom* varuslagsområdet.

Enligt *Wessman* måste man, för att avgöra vad som avses med *fördel* i 6 § andra stycket VmL, beakta vilka den potentielle köparens associationer och reaktioner, var när han betraktade ett kännetecken som var liknande eller identiskt med ett redan existerande varumärke, något som påminde om en spegelbild av betraktelsen av det ursprungliga varumärket. Den direkta estetiska reaktionen påminde naturligtvis starkt om den som uppstår vid en betraktelse av det ursprungliga varumärket. Risken att erfarenheter från tidigare kontakter med originalet flyttades över till det liknande eller identiska kännetecknet, och att därmed en fiktiv erfarenhetsbas skapas, var enligt *Wessman* överhängande.[467]

Från nationell administrativ praxis finns endast ett par prejudicerande avgöranden där förväxlingsbarhet prövats enligt det nya anseendeskyddet enligt 6 § andra stycket VmL. I det ena var fråga om förväxlingsbarhet mellan *SAF* (i figur) för fordonsaxlar och *SAF* för *Svenska Arbetsgivareföreningen*[468] *och i det andra var fråga om förväxlingsbarhet mellan Champis* för konfektionsvaror och för läskedrycker.[469]

> I det förra avgörandet konstaterade RegRn att varumärket *SAF* var väl ansett och att det sökta tecknet, som bestod av samma bokstavskombination, i hög grad liknade detta. Det återstod då att bedöma om en användning av

[465] Varumärkeskonflikter s. 51 f.
[466] Mål C-291/00 (LTJ Diffusion).
[467] Wessman i NIR 1993 s. 212.
[468] RÅ 2001 ref. 14 I (SAF).
[469] RÅ 2001 ref. 14 II (Champis).

det sökta tecknet skulle dra otillbörlig fördel av eller vara till förfång för *Svenska Arbetsgivareföreningens* kännetecken särskiljningsförmåga eller anseende. RegRn åberopade härvid det s.k. *Chevy*-avgörandet (jfr ovan),[470] där EG-domstolen uttalat att ju större särskiljningsförmåga eller renommé som det äldre varumärket hade, desto lättare var det att anse att användningen var till förfång. *Svenska Arbetsgivareföreningens* kännetecken fick anses ha en mycket stor särskiljningsförmåga och en användning av det sökta kännetecknet skulle vara till förfång för denna. Med hänsyn till vad som framkommit i målet, skulle en sådan användning också dra otillbörlig fördel av *Svenska Arbetsgivareföreningens* kännetecken särskiljningsförmåga och anseende. Förväxlingsbarhet kunde därför åberopas enligt 6 § andra stycket VmL till förmån för *SAF*-kännetecknet, varför hinder mot registrering förelåg enligt 14 § VmL.

RegRns motivering i det senare avgörandet var i stora drag densamma som i det förra. Domstolen konstaterade att kännetecknet *Champis* var väl ansett och fick anses ha så stor särskiljningsförmåga att en användning av det sökta tecknet skulle vara till förfång för detta. Med hänsyn till vad som framkommit i målet, fann RegRn vidare att en sådan användning också skulle dra otillbörlig fördel av kännetecknets särskiljningsförmåga och anseende. Förväxlingsbarhet kunde därför enligt 6 § andra stycket VmL åberopas till förmån för det sistnämnda kännetecknet. Hinder mot registrering förelåg då enligt 14 § första stycket 6 VmL.[471]

Enligt min uppfattning kan man anlägga kritiska synpunkter, särskilt på det förra avgörandet. Om ett förväxlingsperspektiv med utgångspunkt i omsättningskretsens *faktiska* uppfattning skall anläggas, borde man nämligen kunna ifrågasätta om inte varuslagen är så fundamentalt olika, att det knappast kan finnas någon möjlighet för omsättningskretsen att förknippa *SAF*, använt för fordonsaxlar, med *Svenska Arbetsgivareföreningen*. Förvisso var det här fråga om ett registreringsavgörande, där domstolen i och för sig inte kunde uttala sig exakt om hur det sökta kännetecknet skulle komma att användas och fungera i praktiken inom marknaden. Men, i beaktande av den ringa särskiljningsförmåga som i

[470] Mål C-375/97 (Chevy).
[471] Domstolen åberopade även här mål C-375/97 (Chevy).

sig ges åt trebokstavskombinationer (jfr ovan s. 229 f.) och med omsättningskretsens antagna medvetenhet om att sådana, använda som akronymer, kan stå för helt olika saker, borde det ligga nära till hands att anta att kännetecknen inte hade något kommersiellt samband. Det gäller kanske särskilt med tanke på *SAF*s synnerligen starka inarbetning just som arbetsgivarorganisation. Att *SAF* då användes som kännetecken för en arbetsgivarorganisation, som omfattade samtliga branscher inom marknaden – tillverkare m.m. av fordonsaxlar inbegripna – borde inte ha någon avgörande betydelse. Man skulle kanske kunna säga att skillnaden mellan verksamhetsart och varuslag i sig signalerar skilda *meningar*, trots att kännetecknen är enahanda.[472]

Av PBRs praxis kan man också dra den slutsatsen att bestämmelsen kan göras tillämplig på geografiska ursprungsbeteckningar, något som i och för sig framstår som ganska rimligt för att minimera risken för urvattning av den geografiska ursprungsbeteckningen. I ett avgörande var fråga om registrering av märket *Champagne* för solglasögon.[473] Det franska *Institut nationale des appellations d'origine* (INAO) invände mot ansökan med åberopande bland annat av registreringshinder enligt 14 § och 6 § andra stycket VmL. PRV avslog INAOs invändning med motiveringen att det saknades bestämmelser i Sverige som gav skydd för geografiska ursprungsbeteckningar utöver varuslagsgränserna. PBR ändrade emellertid beslutet.

> I sina domskäl anförde PBR att bevisningen i målet hade visat att *Champagne* var känt som beteckning för mousserande vin från distriktet *Champagne* inom i vart fall en betydande del av omsättningskretsen. Detta medförde att beteckningen *Champagne* var ett för INAO inarbetat kännetecken för mousserande vin från detta distrikt. Dessutom var, på grund av kvalitetskrav samt rigorösa kontroller, beteckningen ett inarbetat garanti- och kontrollmärke för mousserande vin från detta distrikt. Vidare konstaterades att eftersom *Champagne* var känt inom en betydande del av omsättningskretsen, uppfylldes kravet på anseende, vilket gav kännetecknet skydd ock-

[472] Jfr det s.k. *Silva*-avgörandet ovan, där arten av varor var bidragande till att förväxlingsbarhet inte ansågs föreligga (NJA 1990 s. 469 (Silva).

[473] PBR mål 99-004 (Champagne solglasögon).

> så utanför varuslagsgränsen, enligt 6 § andra stycket VmL. Således skyddades *Champagne* mot yngre liknande varukännetecken för mousserande vin och liknande varor, men också för varor av annat slag. PRV konstaterade avslutningsvis att sökandens användning av det registrerade märket *Champagne* för glasögonbågar m.m., utan tvekan skulle skapa en association till kännetecknet *Champagne* för mousserande vin. Med hänsyn till den höga kvalitet och den exklusivitet som var knuten till *Champagne*, var det därför sannolikt att märket skulle innebära ett otillbörligt utnyttjande av anseendet och särskiljningsförmågan hos kännetecknet *Champagne*.[474]

I den juridiska doktrinen har rått delade uppfattningar om den självständiga betydelsen av *otillbörlighetskriteriet* i 6 § andra stycket VmL. Även om kriteriet finns med både i den äldre och i den nya bestämmelsen, kan det inte tas för givet att det skall ha samma innebörd. Det kan därför vara värt att något beröra kriteriet och då göra det delvis i belysning av vad som skrivits om det inom doktrinen enligt äldre rätt.

Enligt *Bergström* skulle ordet *otillbörligt* kunna betraktas som tämligen överflödigt. Alla utnyttjanden som uppfyllde övriga rekvisit i 6 § andra stycket a VmL, var enligt honom otillbörliga.[475] De speciella fall som i så fall kunde komma ifråga, skulle t.ex. vara utnyttjande till mycket ringa skada eller när det funnits särskilda skäl att använda kännetecknet, t.ex. på grund av att det innefattade användarens eget namn.[476] En liknande uppfattning intogs av *Uggla*.[477] Den kritiserades sedermera av *Pehrson*[478] och av *Levin*.[479] Den rådande uppfattningen under *Kodakskyddet*s sista tid torde i stället tvärt om vara att en fristående bedömning av kännetecknsanvändningens otillbörlighet skall företas så snart inarbetnings- och kännedomskraven var uppfyllda.[480] Inte bara faktum att bestämmelsen uttryckligen ställde krav på otillbörlighet

[474] Jfr Mostert s. 102 ff.
[475] Bergström i NIR 1975 s. 177.
[476] Loc. cit.
[477] Uggla i NIR 1985 s. 558 ff.
[478] Pehrson i NIR 1986 s. 79 och NIR 1989 s. 534 f.
[479] Noveller s. 76 ff.
[480] Jfr Nordell i NIR 1992 s. 498.

för att vara tillämplig, utan därtill även faktum att kravet på skydd rimligen bör göra sig särskilt gällande när användningen sker illojalt, borde ju tala för att det skall göras en separat otillbörlighetsbedömning.[481] Eftersom förväxling förutsätter att användningen av det yngre kännetecknet drar *otillbörlig fördel* av det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende eller är till *förfång* för det, måste användningen av det yngre kännetecknet innefatta snyltning, nedsvärtning eller urvattning för att intrång skall föreligga.[482] Rekvisiten hänger också ihop med varandra på ett ganska komplicerat sätt. För att användningen av ett yngre kännetecken i praktiken skall dra fördel av ett äldre kännetecken eller vara till förfång för dettas särskiljningsförmåga, bör de två andra rekvisiten normalt sett vara uppfyllda. Det går nämligen knappast att dra otillbörlig nytta av eller skada ett kännetecken som inte har ett visst anseende, och nytta respektive skada kan bara uppkomma om märkena visar ett visst mått av likhet.[483]

I praxis under *Kodakdoktrinens* sista tid lades också stor vikt vid *näringsidkarintresset* genom uttryckliga analyser av *goodwillfrågorna*. Såväl renommésnyltning, genom att ett känt märke t.ex. används som blickfång, som skada för märkeshavaren och befarad obehörig förmögenhetsöverföring, borde alltså falla inom ramen för *otillbörlighetsbedömningen*. Det kan också vara värt att notera att det i det ovan refererade *Silva*-avgörandet[484] främst var på *otillbörlighetgrunden* som kännetecknen inte ansågs förväxlingsbara. Även i dag synes otillbörlighetsrekvisitet vara en väsentlig faktor i den helhetsbedömning som skall företas för att avgöra om ett kännetecken inkräktar på ett annat enligt bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL.[485]

Såsom följer av praxis, skall vid en bedömning av skyddet för väl ansedda kännetecken även kännetecknets funktion tillmätas stor betydelse. Enligt *Wessman* kunde det ifrågasättas om inte den *draghjälp* som

[481] Se Kobbernagel i NIR 1952 s. 33; Jfr Kobbernagel II s. 199.
[482] Immaterialrätt s. 215.
[483] Jfr loc. cit.
[484] NJA 1990 s. 469 (Silva).
[485] Se Grundén i NIR 1995 s. 238; jfr Varumärkeskonflikter s. 368.

kännetecknet kunde ge varan genom sitt anseende och sin utformning, kunde vara en minst lika viktig funktion hos varumärket som den i 1 § uttryckta huvudfunktionen att *särskilja* en näringsidkares varor från andras,[486] något som tangerar kännetecknets reklamfunktion (jfr ovan avd. 2.4). Regler av direkt varumärkesrättsligt slag är då de som har att göra med varumärkets *referens* eller *denotation*. Skyddet för kännetecknets *mening* är emellertid i väsentlig utsträckning av *marknadsrättslig* karaktär, något som också uppmärksammades av *Wessman*. Han konstaterade att *Kodakdoktrinen* var en hybrid mellan varumärkesrätt och konkurrensrätt i vilken såväl kännetecknensrättsliga som konkurrensrättsliga hänsynstaganden gjorts.[487] Det hade emellertid, i vart fall under det gamla *Kodakskyddets* tid, sällan varit så att domstolarna givit uttryck åt konkurrensrättsliga synsätt i sina bedömningar.[488] Förklaringen till att skyddet för väl ansedda kännetecken bör ses mer som ett konkurrensrättsligt skydd än som ett rent immaterialrättsligt skydd är att det, även om det kan beskrivas som ett i vissa fall förstärkt skydd för varumärkets *referens*, inte framstår som ett skydd för ett med kännetecknensrätten förenat *föremål*, utan för en i kännetecknet investerad *tillgång*. Skyddet för väl ansedda kännetecken är alltså primärt inte ett skydd för kännetecknet *i sig*, utan för ett *värde som uppstått genom konsekvent användning av kännetecknet*. Detta värde har kallats för kännetecknets *egenvärde*, eftersom det är ett värde utöver kännetecknets *referens*. Skyddet för kännetecknets egenvärde är ett skydd för kännetecknets genom inarbetning förvärvade *mening*. Skyddsobjektet blir därmed inte varumärket i sig utan en *förmögenhet*, d.v.s. ett egenvärde vilket som sådant har grund i *mening* – ett *metaobjekt*.

Sammanfattningsvis kan konstateras att, även om det i doktrinen påstått att konsumentskyddsintressen ligger bakom otillbörlighetsbedömningen i *kännetecknensrättens* skydd för väl ansedda kännetecken,

---

[486] Wessman i NIR 1993 s. 204.

[487] Loc. cit.; jfr Kobbernagel som konstaterade att Kodakdoktrinen var en konkurrensrättslig teori, vilken gick ut på att vissa särskilt kända kännetecken fick ett vidare skydd än andra (Kobbernagel II s. 197; jfr dens. i NIR 1951 s. 78 f.).

[488] Bernitz i NIR 1989 s. 538; Wessman i NIR 1993 s. 204.

detta inte kan utläsas ur senare praxis. Praxis verkar i stället successivt ha gått i riktning mot vad som kan förväntas av skyddet för väl ansedda kännetecken enligt gällande ordning, där bedömningen av *otillbörlig fördel* eller *förfång* helt klart har självständig betydelse. Den nya regeln verkar också på ett mer ändamålsenligt sätt än den äldre ordningen fånga upp sådana fall av renommésnyltning som tidigare tenderat att förloras i det svårtillgängliga gränsområdet mellan kännetecknsrätt och marknadsföringslagstiftning (varom mera nedan kap. 6). Den nya regeln motsvarar också bättre kännetecknsrätten som skydd för *referens* och *mening*, eftersom såväl *fördel* som *förfång* tar utgångspunkt i skilda aspekter av kännetecknets *mening*.

4.4.5.2 Regelns tillämpning inom varuslagsområdet

En fråga som har varit föremål för omfattande diskussion, såväl nationellt som i Europa, är i vad mån bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL och dess motsvarighet i direktivet skall kunna göras tillämplig också *inom* varuslagsområdet. I ett traditionellt nationellt perspektiv kan man i och för sig ställa sig frågan om principen enligt 6 § andra stycket VmL över huvud taget säger något som inte redan följer av 4 § första stycket VmL, d.v.s. att rätten till ett varukännetecken innebär, att annan än innehavaren inte får i näringsverksamhet använda ett därmed förväxlingsbart kännetecken för sina varor. Det skulle betyda att ordet *liknande* i 6 § andra stycket så att säga *parerar* produktregeln i 6 § första stycket VmL och utvidgar det teoretiska förväxlingsbegreppet när det första kännetecknet är *väl ansett*. Därav skulle i så fall följa att förväxlingsbarhetsbedömningen är *elastisk* och påverkas av kännetecknets inarbetning m.m. Det blir i praktiken en fråga om vad som ligger nära till hands att förknippa eller associera med, något som ju är en grundförutsättning given redan enligt ensamrättsförklaringarna i 1 och 2 §§ VmL och som möter huvudprincipen enligt 6 § första stycket VmL.

Problemen blir emellertid mer påtagliga om bestämmelsen skall tolkas mot direktivet och förordningen, vilka inte tekniskt sett laborerar med samma förväxlingsbegrepp som den av VmL givna. Eftersom de EG-rättsliga bestämmelserna på ett mer renodlat sätt talar om ett skydd

utanför varuslagslikhetsområdet, när kännetecknet är väl ansett och kriterierna om otillbörlig nytta och förfång är uppfyllda, skulle det kunna leda till, att något som i strikt bemärkelse inte är att anse som *förväxlingsbart* enligt den nationella huvudregeln inte heller skulle kunna åtkommas, *trots* att det är uppenbart, att det som anspelas på drar otillbörlig nytta av eller är till förfång för det väl ansedda kännetecknet.

Att bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL bör vara helt oberoende av frågan om varuslagslikhet har länge antagits i den juridiska doktrinen.[489] Stöd härför har därtill givits inte minst i generaladvokatens yttrande i *Chevy*-avgörandet. Han påpekade där att det på vissa håll hade antagits att ett krav på risk för förväxling var underförstått i art. 5.2, eftersom det föreföll paradoxalt att förväxling skulle krävas enligt art. 5.1 b när de respektive varorna eller tjänsterna var identiska eller liknande, men inte enligt art. 5.2 beträffande varor och tjänster av annan art (p. 26).[490]

För svensk rätts del finns ännu i realiteten endast ett prejudicerande judiciellt avgörande om väl ansedda kännetecken, vilket avgjorts enligt det nya anseendeskyddet.[491] Dess prejudikatsvärde kan emellertid ifrågasättas, främst på grund av att talan avsåg beslut om interimistiskt förbud. Fråga var om kännetecknet *Gaetano* för ett likörextrakt gjorde intrång i varumärkesrätten till *Galliano* för likörer.

> HD konstaterade i sina domskäl att extraktet kunde sägas utgöra ett slags halvfabrikat, som blandat med sprit, blev likör. Likörextraktet och likören *Galliano* fick därmed anses vara varor av liknande slag. Orden *Galliano* och *Gaetano* hade otvivelaktigt viss likhet. Även utstyrseln och färgsättningen av de etiketter som användes var ganska lika. Härtill kom att de skilda distributionsformer som tillämpades hade en särskiljande verkan. Det låg knappast nära till hands att anta att en tillverkare av likör också sålde ett billigare surrogat. Svaranden kom därmed att utnyttja *Gallianolikörens* renommé. Vid bedömningen av förväxlingsrisk var det emellertid inte betydelsefullt om ett varumärke kunde sägas snylta på ett annat varumärkes re-

[489] Se bl.a. Levin i Festskrift till Gunnar Karnell s. 434 ff.
[490] Se härom Wessman i NIR 2000 s. 645.
[491] NJA 1995 s. 635 (Galliano I).

> nommé, något som kunde förekomma utan att det fanns risk för förväxling. Vid en samlad bedömning syntes kännetecknen inte vara förväxlingsbara enligt 4 § och 6 § första stycket VmL. Reglerna i 6 § andra stycket VmL gav dock ett skydd utöver varuslagsgränserna. Regeln i 6 § andra stycket VmL förutsatte att de båda kännetecknen var identiska eller i vart fall i hög grad överensstämmande. De aktuella kännetecknen kunde inte anses förete en så hög grad av likhet. Härav följde att det inte torde finnas förutsättningar för tillämpning av regeln i 6 § andra stycket VmL.

När avgörandet kom, ifrågasattes det på grund av att domstolen syntes ha tillämpat *både* första och andra stycket i 6 § VmL, medan bestämmelsen dittills närmast uppfattats som en *tvåstegsraket*, d.v.s. att man först tar ställning till om varuslagslikhet föreligger. Om så är fallet, görs en förväxlingsbedömning enligt produktregeln i 6 § första stycket VmL. I annat fall prövas rekvisiten i 6 § andra stycket VmL. Om dessa är uppfyllda, föreligger varumärkesintrång. HD konstaterade emellertid inledningsvis att varuslagslikhet förelåg, men valde därefter att ändå pröva tilläggsregeln i 6 § andra stycket VmL. Även om domstolen slutligen, på grund av bristande märkeslikhet, kom fram till att intrång inte förelåg, har det ansetts betänkligt att pröva tillämpligheten av undantagsregeln i 6 § andra stycket VmL trots att varuslagslikhet föreligger.

Wessman konstaterade i anslutning till *Galliano I*-avgörandet att även om HD hade antytt att bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL kunde vara tillämplig i fråga om varuslagslikhet, fick rättsläget härvid betraktas som oklart intill dess att EG-domstolen hade avgjort frågan. *Wessman* åberopade generaladvokatens yttrande i *Davidoff*-avgörandet, vilken ansett att anseendeskyddet skulle vara tillämpligt endast när varorna var olika.[492] Enligt *Wessman* låg principen om *kännetecken*skraft (se härom ovan avd. 3.3.1.4) i linje med ett starkt anseendeskydd. Enligt principen erhåller ett väl ansett kännetecken starkt skydd inte bara enligt undantagsregeln, utan även enligt huvudregeln. På så vis skapades en

[492] Generaladvokatens utlåtande av den 21 mars 2002 i mål C-292/00 (Davidoff); Varumärkeskonflikter s. 53 f.

god överensstämmelse mellan huvudregeln och undantagsregeln.[493] Bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL syntes enligt *Wessman*, mot bakgrund av direktivet närmast avse bedömningar av skilda storheter. 6 § andra stycket VmL föreföll kunna ge ett bättre skydd för varor av olika slag än huvudregeln om förväxlingsbarhet enligt 6 § första stycket VmL,[494] så att t.ex. ett väl ansett varumärke för likör skulle skyddas mot ett liknande märke för parfym, men inte mot ett liknande märke för likörextrakt.[495] Det överensstämde enligt *Wessman* inte med den allmänna principen att ju större varuslagslikheten är, desto större blir skyddsomfånget. Därför kunde ifrågasättas om inte ett väl ansett kännetecken, som enligt undantagsregeln i 6 § andra stycket VmL skyddas mot snyltning och skada, också borde erhålla ett sådant skydd enligt huvudregeln. Med andra ord kunde man fråga sig om inte huvudregeln borde tolkas i ljuset av undantagsregeln. Omvänt kunde man också fråga sig om inte undantagsregeln borde tolkas i ljuset av huvudregeln. Om ett väl ansett kännetecken skulle skyddas mot snyltning och skada enligt huvudregeln, måste begreppet förväxlingsrisk enligt *Wessman* emellertid tolkas på ett ganska fritt sätt. Det kunde t.o.m. innebära att ett väl ansett kännetecken fick skydd i en situation där det inte förelåg en särskilt stor empirisk risk för förväxling.[496]

Att undantagsregeln i 6 § andra stycket VmL kan prövas, trots att varuslagslikhet föreligger, har sedermera antagits i flera nordiska underrättsavgöranden. Från svensk registreringspraxis kan nämnas ett avgörande av PBR där *Tulosba Akdov* för alkoholhaltiga drycker ansågs inte kunna registreras på grund av varumärket *Absolut Vodka*.[497]

> Enligt domstolen gjorde sig de skäl som bar upp det utökade skyddet för de väl ansedda varumärkena gällande, både inom och utanför gränserna för varuslagslikhet. Det sade sig således självt att ett väl ansett märke inte hade

[493] Wessman i NIR 1998 s. 496.
[494] Wessman hänvisar här till Sack i GRUR 1995 s. 86 och GRUR 1996 s. 670; Kur i IIC 1997 s. 22 och Gielen i EIPR 1998 s. 110; jfr Nordell i festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 113.
[495] Wessman i NIR 1998 496; dens. i GRUR Int. 1997 s. 1016.
[496] Wessman i NIR 1998 s. 496.
[497] PBR mål 97-065 (Tulosba Akdov).

> mindre behov av skydd mot yngre märken som avsåg varor av samma eller liknande slag, än mot yngre märken som avsåg andra varor och tjänster. Det skydd som ett väl ansett märke hade enligt 14 § första stycket 6 jämförd med 6 § första stycket VmL, fick alltså anses innefatta – förutom ett skydd mot att annan fick registrering av ett förväxlingsbart kännetecken – ett skydd mot att ett yngre märke drog nytta av det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende. Kännetecknet *Absolut Vodka* var synnerligen väl känt inom omsättningskretsen och mycket väl känt även utanför denna krets. Det var också väl ansett för vodka. *Tulosba Akdov* innehöll kännetecknet *Absolut* och ordet *vodka* skrivna baklänges. Även om märket *Tulosba Akdov* inte primärt var så likt det väl ansedda kännetecknet *Absolut* och ordet *vodka* att de var förväxlingsbara, framträdde det förhållandet att sökandens märken utgjordes av orden *Absolut Vodka* skrivna baklänges mycket tydligt i skrift. Däremot var det inte lika lätt att uppfatta möjligheten att vända på uttalet av märkesorden vid en fonetisk presentation. Vidare framstod det som klart att en användning av sökandens märke skulle dra sådan uppmärksamhet till förhållandet att märkesorden kunde läsas och uttalas baklänges samt att detta snabbt skulle komma till mer allmän kännedom. Utredningen gav inte stöd för att sökandens märke var förväxlingsbart med *Absolut Vodka* i den meningen att konsumenterna skulle tro att de varor som tillhandahölls under de båda bolagens märken, hade ett gemensamt kommersiellt ursprung eller att det på något sätt fanns ett samband mellan innehavarna av märkena. Enligt domstolen fick det emellertid anses klart att en användning av sökandens märke skulle leda till en urvattning av kännetecknet *Absolut Vodka* och därmed vara till förfång för kännetecknets särskiljningsförmåga och anseende.

Enligt *Levin* var det givetvis i den varumärkesrättsliga verkligheten precis så att ett väl ansett märke inte hade mindre behov av skydd mot yngre märken som avsåg varor och tjänster av samma slag, än mot yngre märken som avsåg andra varor och tjänster. Som framgick av avgörandet rörde den yngre ansökan samma eller identiska varor som *Absolut Vodka* med beteckningen skriven bakochfram. En sådan lek med annans varumärke ledde till en profanering och var då ett skadligt utnyttjande. Naturligtvis hade det legat nära till hands att vända sig till EG-domstolen. Men eftersom PBR inte var sista instans, utan möjligheten att överklaga till RegRn återstod, var en sådan hänvändelse inte tvingande för

PBR enligt Europafördraget. Att PBR inte vänt sig till EG-domstolen, kunde enligt *Levin* även anses hänga samman med att den svenska lagtexten inte helt överensstämde med den fakultativa regeln i direktivet.[498]

Ett andra nordiskt underrättsavgörande som kan vara av intresse i detta sammanhang, är det ovan (s. 272) berörda avgörandet av det norska Patentstyrets 2. avdeling avseende förväxlingsbarhet mellan *Mc.Moon* och *Mc Donalds*.[499] Där uttalade majoriteten i fråga om 6 § andra stycket VmL:

> ”Selv om bestemmelsens ordlyd kan sies å åpne for en tolkning som utvider de vanlige rammer for kjennetegnslikhet, og selv om det kan foreligge situasjoner som det lege ferenda kan tale for en slik lesning, må man etter flertallets oppfatning legge avgjørende vekt på at så vel redaksjonen som lovhistorien viser at § 6 handler om vareslaglikhet, og ikke om kjennetegnslikhet. Første ledd første punktum gir en bestemmelse om at *vareslagslikhet* er en betingelse for å konstatere forvekselbarhet. I annet punktum kommer så et unntak fra dette kravet, og i annet ledd et nytt unntak. Noe unntak fra lovens vanlige krav om kjennetegnslikhet som vilkår for å konstatere forvekselbarhet, kan etter flertallets oppfatning ikke forankres i lovens § 6 annet ledd, Det er derfor etter flertallets oppfatning ikke grunn til å vurdere om noe av innsigerens Mc-merker nyter godt av den utvidede beskyttelse som § 6 annet ledd gir de velkjente og ansette merker.”

Enligt *Wessman* var en gräns mellan bestämmelserna om förväxlingsrisk och anseendeskydd i varornas likhet logisk när det gällde syftet att skydda väl ansedda märken mot ursprungsförväxling. De fick på så vis ett skydd mot ursprungsförväxling såväl inom som utom området för varuslagslikhet. Uttalandet i *McMoon*-avgörandet, att bestämmelsen ”handler om vareslagslikhet, og ikke om kjennetegnslikhet” borde ses mot denna bakgrund. Det var däremot inte lika naturligt att låta varornas likhet utgöra en gränslinje för det övriga anseendeskyddet när det inte fanns en risk för ursprungsförväxling, såsom t.ex. i fråga om varumärkesparodier, nedsvärtningssituationer och domännamnsstöld. Mot bak-

[498] Levin i NIR 2001 s. 329; jfr dens. i GRUR Int. 2000 s. 1025.
[499] Patentstyrets 2. avdeling 10. juli 2000 i sak nr. 6823 (McMoon).

grund av sådana särfall tedde sig varornas likhet som en konstlad gräns utan full kontakt med bestämmelsens ändamål.[500]

Ett tredje avgörande av intresse kan vara det danska avgörande där *Sø- og Handelsretten*[501] ansåg att *BMW* och *AMW* var förväxlingsbara.

> Den danska domstolen konstaterade att figurmärket *BMV* som registrerats för bland annat bilar och tillbehör till bilar, var utomordentligt välkänt och förknippat med betydande *goodwill*. Sådana kännetecken måste ges ett utvidgat skydd mot andra kännetecken om bruk kunde medföra ett otillbörligt utnyttjande av det välkända kännetecknets särskiljningsförmåga eller renommé eller kunde skada det. Så gällde inte bara i förhållande till kännetecken för varor och tjänster av annan art (domstolen hänvisade här till varemærkelovens § 4, st. 2, og § 15, st. 4, 1. p.), utan också i förhållande till kännetecken för varor och tjänster av samma eller liknande art, varför *BMW* befanns utgöra hinder mot registrering av figurmärket *AMW* i klass 12.

VK företog i motiven till en ny varumärkeslag en omfattande utredning om det utvidgade skyddets, enligt artiklarna 4.3, 4.4 a och 5.2 i Varumärkesdirektivet, tillämpning även inom varuslagsområdet. Kommittén konstaterade att artiklarna enligt sina lydelser inte var direkt tillämpliga inom ramen för varuslagslikhet. De skäl som bar upp det utökade skyddet, gjorde sig dock gällande både inom och utanför varuslagsgränserna. Det sade sig således självt att ett märke som var känt, inte hade mindre behov av skydd mot yngre märken som avsåg varor och tjänster av samma eller liknande slag än mot yngre märken som avsåg andra varor och tjänster.[502] I de allra flesta fall där identiska eller liknande yngre märken användes för varor av samma eller liknande slag som äldre kända varumärken, fanns det också en risk för förväxling. Men snyltning kunde mycket väl förekomma utan att det förelåg någon risk för förväxling.[503] Också förfång kunde förekomma utan att det förelåg någon risk för förväxling, t.ex. i form av urvattning vid s.k. varumärkesparodier.[504]

---

[500] Varumärkeskonflikter s. 381 f.
[501] U 1998 s. 102 9 (S) (AMW).
[502] SOU 2001:26 s. 267.
[503] VK hänvisade här till NJA 1995 s. 635 (Galliano I).
[504] VK hänvisade här till PBR mål 97-065 (Tulosba Akdov).

En möjlighet att hindra sådan snyltning eller sådant förfång med tillämpning av artiklarna 4.3, 4.4 a och 5.2 skulle främja det helhetsresultat som en tillämpning av artiklarna syftade till, och bidra till en effektiv konkurrens.[505] VK konstaterade att EG-domstolen i det s.k. *Puma*-avgörandet[506] berört förhållandet mellan art. 4.1 b och artiklarna 4.3, 4.4 a och 5.2 i direktivet. Domstolen hade därvid anfört att förhållandet att ordalydelsen i art. 4.1 b som förutsätter att det föreligger en risk för förväxling, inte motsades av artiklarna 4.3, 4.4 a eller 5.2 i direktivet, vilka medger att innehavaren av ett varumärke med renommé kan hindra andra från att utan skälig anledning använda tecken som är identiska med eller liknar hans varumärke, utan att kräva att det skall föreligga en risk för förväxling, ”och detta även om de ifrågavarande produkterna inte är likartade”.[507] När det gällde kravet på förväxling hade domstolen i det efterföljande *Canon*-avgörandet emellertid uttalat att art. 4.1 b i direktivet föreskrev – i motsats till exempelvis art. 4.4 a som uttryckligen avsåg fall när varorna eller tjänsterna inte liknade varandra – att det måste föreligga likhet mellan ifrågavarande varor eller tjänster för att det skulle föreligga risk för förväxling. Vad EG-domstolen anfört i *Puma*-avgörandet om att ordalydelsen i 4.1 b som förutsätter att det föreligger en risk för förväxling, inte motsades av artiklarna 4.3, 4.4 a eller 5.2 i direktivet, ”och detta även om de ifrågavarande produkterna inte är likartade” talade för att det enligt Varumärkesdirektivet fanns ett utökat skydd också inom varuslagsgränserna. Det borde emellertid uppmärksammas att detta förutsatte att begreppet likhet gavs en vidare innebörd i de artiklar i Varumärkesdirektivet, vilka rörde det utökade skyddet (artiklarna 4.3, 4.4 a och 5.2), än i dem som rörde det grundläggande skyddet (artiklarna 4.1 och 5.1), något som enligt VKs uppfattning bara kunde komma i fråga för de mest välkända varumärkena. EG-domstolens ovan berörda uttalande i *Canon*-avgörandet[508] om att det enligt art. 4.1 b måste föreligga likhet mellan ifrågavarande varor och tjänster för att det

[505] SOU 2001:26 s. 267.
[506] Mål C-251/95 (Sabel).
[507] SOU 2001:26 s. 267 f.
[508] Mål C-39/97 (Canon).

skall föreligga en risk för förväxling (p. 22), vilket uttryckligen satte art. 4.4 a i motsatsställning till art. 4.1 b, kunde dock även anföras till stöd för att det utökade skyddet var begränsat till användning utanför varuslagsgränserna. Eftersom någon säker slutsats om hur EG-domstolens praxis skulle komma att utveckla sig i detta avseende inte var möjlig att dra, borde bestämmelserna om det utökade skyddet därför utformas i anslutning till artiklarna i Varumärkesdirektivet. Rättsutvecklingen inom gemenskapen fick sedan visa vilken omfattning som det utökade skyddet hade inom varuslagsgränserna.[509]

Att bestämmelsen om väl ansedda kännetecken faktiskt skall vara tillämplig även inom varuslagsområdet har nu också slagits fast av EG-domstolen i det s.k. *Davidoff*-avgörandet,[510] där fråga var om förväxling mellan varumärket *Durfill* och det synnerligen välrenommerade varumärket *Davidoff*, båda för cigarrer.

> Domstolen påpekade att art. 5.2 i direktivet inte uteslutande fick tolkas med beaktande av dess ordalydelse. Hänsyn skulle också tas till den allmänna systematiken och ändamålet med det system, i vilket artikeln ingick (p. 24). Artikeln kunde, med hänsyn till sistnämnda omständigheter, inte tolkas så att den medförde ett skydd för kända varumärken som var sämre när ett tecken användes för identiska eller liknande varor eller tjänster än när det användes för varor eller tjänster som inte var likartade (p. 25). Det hade därvid inte på allvar ifrågasatts att det kända varumärket skulle tillerkännas ett skydd som vid användning av ett tecken för identiska eller liknande varor eller tjänster, åtminstone var lika omfattande som när det användes för varor eller tjänster som inte liknade de varor och tjänster för vilka varumärket hade registrerats (p. 26). Fråga var om skyddet av ett känt varumärke, såvitt avsåg användningen av ett tecken för identiska eller liknande varor eller tjänster, och som skadade varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé, kunde uppnås redan med stöd av art. 5.1 i direktivet. Därigenom skulle det inte vara nödvändigt att konsultera bestämmelserna i art. 5.2 för att uppnå detta skydd (p. 27). Om det skydd som gavs med stöd av art. 5.1 a i direktivet, med hänsyn till vad som angavs i direktivets tionde skäl skulle

[509] SOU 2001:26 s. 268.
[510] Mål C-292/00 (Davidoff).

vara absolut när användningen skadade eller kunde skada en av varumärkets funktioner,[511] skulle tillämpningen av art. 5.1 b vara beroende av att det förelåg en risk för förväxling.[512] Det skulle betonas att domstolen i punkterna 20 och 21 i domen i *Sabel*-avgörandet[513] redan hade förklarat att art. 4.1 b i direktivet som i allt väsentligt var identisk med art. 5.1 b i direktivet, inte fick tolkas extensivt (p. 28). När omständigheterna medförde att det inte fanns någon risk för förväxling, kunde art. 5.1 b i direktivet inte åberopas av innehavaren av ett känt varumärke för att erhålla skydd mot att varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé skadades (p. 29). Under dessa förutsättningar skulle artiklarna 4.4 a och 5.2 i direktivet tolkas så, att medlemsstaterna hade rätt att föreskriva ett särskilt skydd till förmån för ett känt registrerat varumärke, när det yngre varumärket eller tecknet som var identiskt med eller liknade det registrerade varumärket, var avsett att användas för varor eller tjänster som var identiska med eller liknade de varor eller tjänster som täcktes av detta varumärke (p. 30).

Avgörandet ger således åt förväxlingsbedömningen den elasticitet, grundad på en rad förutsättningar där kännetecknets *mening* sätts i förgrunden, som en effektiv balans mellan skilda konkurrensintressen kräver. Bestämmelsen tillämplighet inom varuslagslikhetsområdet har sedermera också bekräftats i EG-domstolens s.k. *Adidas*-avgörande,[514] vilket dock gällde rätten till ett figurmärke. Fråga var om ett annat företags användning av liknande tvårandiga revärer gjorde intrång enligt Varumärkesdirektivets art. 5.2 i *Adidas'* väl ansedda kännetecken. Fråga var även om ränderna hade en känneteckenskaraktär eller om de endast hade utsmyckningsfunktion.

Enligt domstolen utgjorde den omständigheten att den berörda allmänheten uppfattade ett tecken som en utsmyckning, i sig inte hinder för det skydd som ges i art. 5.2 i direktivet, om graden av likhet dock var sådan att den berörda allmänheten fick uppfattningen att det fanns ett samband mellan tecknet (dvs. ränderna) och varumärket (dvs. *Adidas*) (p. 39). Om däremot

[511] Domstolen hänvisade här till mål C-206/01 (Arsenal) p. 50 och 51.
[512] Domstolen hänvisade här till mål C-425/98 (Adidas) p. 34.
[513] Mål C-251/95 (Sabel).
[514] Mål C-408/01 (Adidas). Se om avgörandet Bruus i NIR 2004 s. 23 ff.

> den berörda allmänheten, enligt en nationell domstols bedömning av de faktiska omständigheterna, uteslutande uppfattade tecknet som en utsmyckning, fick den antagligen inte uppfattningen att det fanns ett samband mellan tecknet och ett registrerat varumärke (p. 40).

4.4.5.3 VKs förslag

Även den gällande bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL har kritiserats på grund av bristande överensstämmelse med Varumärkesdirektivet. Främst är det bestämmelsens uttryckliga utformning såsom förväxlingsbarhetsbestämmelse – något som direktivet ju inte ger explicit uttryck åt – som kritiserats. Enligt *Levin* var kunskapen om hur EG-rätt skulle genomföras vid tiden för 1993 års reform ofullständig. Särskilt när det gällde en fakultativ regel som de i Varumärkesdirektivets art. 4.3, 4.4 eller 5.2, antog man förment felaktigt att det fanns utrymme för avvikelser. Någon regel om associationsskapande vid förväxlingsrisk inom varuslagslikheten ansågs inte heller behöva införas, eftersom den gällande nordiska förväxlingsläran med en helhetsbedömning täckte in också associationsskapande förväxlingsbarhet.[515] Det ledde till att den grundläggande regeln om intrång vid förväxlingsbara märken inom samma eller liknande varuslag i 6 § första stycket VmL över huvud taget inte ändrades. Andra stycket formulerades delvis om, men liksom tidigare skulle förväxlingsbarhet alltjämt vara en förutsättning för intrång enligt bägge styckena. I konsekvens med detta men med avvikelse från art. 4.4 och 5.2 i direktivet, fanns det ingen uttrycklig bestämmelse i svensk rätt om att det utvidgade skyddet skulle vara tillämpligt (endast) utanför varuslagslikheten.[516] Av det skälet har VK i stället föreslagit att bestämmelsen i förslagets 4 § andra stycket skall utformas som en bestämning av ensamrätten:

> När ett varukännetecken är känt inom en betydande del av omsättningskretsen innebär ensamrätten enligt 3 § dessutom, att ingen annan än innehavaren i näringsverksamhet, utan skälig anledning får använda ett tecken som

[515] Levin åberopade här prop. 1992/93:48 s. 78 och 81 f.
[516] Levin i NIR 2001 s. 329 f.

> är identiskt med eller liknar varukännetecknet för varor av annat slag, om han därigenom skulle dra otillbörlig fördel av eller orsaka förfång för varukännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende.[517]

Även om det i praktiken inte bör spela någon roll om bestämmelsen är utformad som en direkt bestämning av ensamrätten eller som en fråga om förväxlingsbarhet, finns det naturligtvis anledning att utforma bestämmelsen i så nära anslutning till direktivet som möjligt. Det minskar ju risken för misstolkning och förbättrar möjligheterna att anpassa nationell praxis till den europeiska rättsutvecklingen. Enligt VK var ett starkt och flexibelt skydd för varukännetecken av stor betydelse för en effektiv konkurrens.[518] Med hänsyn till att det var varukännetecknets ekonomiska värde som skyddades, och därmed investeringar i marknaden, var det naturligt att väl ansedda och väl kända kännetecken tillerkändes ett större skydd än andra märken. Utvecklingen talade för att allt fler varukännetecken skulle komma att behöva ett förstärkt skydd mot otillbörligt utnyttjande. Med hänsyn till att Varumärkesförordningen gav även ett svenskt varumärke som var välkänt i Sverige ett utökat skydd mot registrering av ett yngre gemenskapsvarumärke och till den betydelse som det utökade skyddet hade för en fungerande konkurrens, var det naturligt att Sverige hade bestämmelser som svarade mot de fakultativa reglerna om skydd för kända märken i art. 5.2 respektive 4.4 a i Varumärkesdirektivet. Med dessa skydd fick sådana varukännetecken ett starkt och självständigt skydd som i princip var frikopplat från förväxlingskriteriet.[519]

VK konstaterade att en förutsättning för att ett registrerat varumärke skulle ges ett utvidgat skydd enligt den svenska språkversionen av Varumärkesdirektivet var att märket var *känt*. I vissa andra språkversioner användes i stället uttryck som renommé eller liknande. Enligt EG-domstolens tolkning av direktivet i *Chevy*-avgörandet,[520] utgjorde de olika

[517] Se SOU 2001:26 s. 51.
[518] SOU 2001:26 s. 265. VK hänvisade här till betänkandets avdelning 5.2.
[519] SOU 2001:26 s. 265 f.
[520] Mål C-375/97 (Chevy).

uttryck som används inte någon motsägelse (p. 21–22). Uttrycket *väl ansett* som används i 6 § VmL, fick därför anses svara mot direktivets innehåll. Med hänsyn till vad EG-domstolen anfört om att rekvisitet innebar att ett varumärke i viss kvantitativ utsträckning skulle vara känt för allmänheten (p. 21–22) och att det därvid fordrades att märket var känt av en *betydande del* av omsättningskretsen (p. 24 och 26), fanns det enligt VKs uppfattning anledning att utforma rekvisitet som ett krav på kännedom. Ett sådant rekvisit torde också för de allra flesta framstå som mer konkret och lättare att tillämpa än ett rekvisit som hänförde sig till anseende. Vidare skapade ett rekvisit som byggde på kännedom, ett tydligt förhållande mellan kravet för utökat skydd och kravet för visad särskiljningsförmåga, eftersom ett varumärke under alla förhållanden skulle anses ha särskiljningsförmåga om det var känt inom en betydande del av omsättningskretsen.[521] I svensk varumärkesrätt skapade ett sådant rekvisit också ett samband med inarbetningskravet, eftersom ett märke skulle anses inarbetat om det var känt av en *betydande del av omsättningskretsen*.[522] En förutsättning för skydd var vidare enligt art. 4.4 a och 5.2 i direktivet att det yngre märket var identiskt med eller liknade det äldre märket. Här konstaterades att HD i NJA 1995 s. 635 (*Galliano I*) hade tolkat uttrycket ”liknande kännetecken” i 6 § andra stycket VmL på samma sätt som enligt äldre rätt, d.v.s. att kännetecknen skulle vara identiska eller i hög grad överensstämmande. VK var emellertid av den uppfattningen att det i vart fall inte borde krävas högre grad av likhet mellan kännetecknen än som följde av den allmänna regeln om förväxlingsbarhet inom varuslagsgränserna.[523]

En fråga som emellertid kan ställas här i anslutning till VKs förslag till ny varumärkeslag är varför man skall utforma regeln mot bakgrund av spekulationer om hur EG-domstolens praxis skall tolkas eller komma att utvecklas. Närmast till hands liggande vore väl i stället att utforma bestämmelsen helt i överensstämmelse med direktivet och förordningen.

---

[521] SOU 2001:26 s. 266. VK hänvisade här till betänkandets avd. 5.7.2.
[522] SOU 2001:26 s. 266. VK hänvisade här till betänkandets avd. 5.7.3.
[523] SOU 2001:26 s. 267.

4.4.6 Motivskydd och association som förväxling

I doktrinen har länge diskuterats om och i vilken utsträckning ensamrätten kan utsträckas till den *idé* eller det *motiv* som kännetecknet ger uttryck åt. Enligt *Koktvedgaard* stod det klart att vissa varumärken hade en *mening*, ett *motiv* eller motsvarande. De föreställde något. När man stod inför meningsbärande varumärken, var det naturligtvis ett viktigt spörsmål om man i förväxlingsbedömningen skulle lägga huvudvikt vid *meningen* (motivet, föreställningsbilden etc.) eller på utformningen. Det var emellertid inte fråga om antingen eller. Förhållandet var ganska enkelt det att man inte skulle förväxla två *meningsbärande* varumärken utan att uppfatta *meningen*.[524]

Ett förväxlingsskydd för kännetecknens *mening* framstår inte minst som en fortsättning på principen om den bleknande minnesbilden, d.v.s. att omsättningskretsen som ofta har en mer eller mindre oklar föreställning om det skyddade kännetecknets helhetsintryck eller dominerande element, *associerar* sin föreställnig till andra kännetecken som bygger på samma *motiv.* Ett exempel från administrativ praxis kan vara det ovan (s. 270 f.) berörda avgörandet där *Brelett* ansågs förväxlingsbart med *Bregott*, bland annat på grund av att de ansågs ha ett snarlikt *idémässigt innehåll*.[525] Ett annat exempel kan vara att märket *God Natt* har ansetts förväxlingsbart med varumärket *God Morgon*.[526]

> Enligt PBR[527] förelåg mellan beteckningarna *God Natt* i sökandens märke och *God Morgon* i de av invändaren motanförda märkena ett sådant språkligt och begreppsmässigt samband att de – oaktat visuella och fonetiska skillnader – såsom kännetecken för samma slag av varor gav anledning till uppfattningen att varorna hade ett gemensamt kommersiellt ursprung.

---

[524] Immaterialretspositioner s. 181.

[525] PBR mål 97-648 (Brelett).

[526] RÅ 1993 not 492 (God Morgon).

[527] Enligt den alternativt gjorda begränsningen av varuuppgiften till alkoholhaltiga drycker hänförliga till klass 33, ansågs emellertid tillräcklig avgränsning föreligga för att märket skulle kunna registreras.

Frågan om ett kännetecknsrättsligt *motivskydd*[528] är nära förbunden med i vilken utsträckning *association* skall kunna ligga till grund för förväxlingsbedömningen. I Varumärkesdirektivet anges tre väsentliga omständigheter som påverkar förväxlingsbarheten: *märkeslikhet*, *varuslagslikhet* och risk för *association*. Begreppet förväxlingsrisk berörs i direktivets preambel p. 10:

> Grundförutsättningen för skyddet är att det finns en risk för förväxling och denna måste bedömas mot bakgrund av flera faktorer, särskilt i hur hög grad märket är känt inom marknaden, den association som det använda eller registrerade märket framkallar, graden av likhet mellan märket och tecknet samt mellan de ifrågavarande varorna eller tjänsterna.

Associationsskyddet kommer sedan till konkret uttryck i direktivets art. 4.1 b och Varumärkesförordningens art. 8.1 b, där det anges att ett varumärke inte får registreras om det, på grund av sin identitet eller likhet med det äldre varumärket och identiteten eller likheten mellan de varor eller tjänster som täcks av varumärkena, föreligger en risk att allmänheten förväxlar dem, inbegripen risken för att varumärket *associeras* med det äldre varumärket. Enligt direktivets art. 5.1 b och förordningens art. 9.1 b är innehavarens ensamrätt på motsvarande sätt omfattad av associativa kännetecken.[529]

Att förväxla något med annat är en i högsta grad subjektiv erfarenhet. Av vad som visas ovan, brottas såväl registraturen som allmän domstol med den. Min ståndpunkt är att en bedömning härom inte kan – och i många fall inte får – vara densamma i ett registreringsförfarande som i ett intrångsmål, eftersom registreringsmyndigheten och besvärsdomstolarna inte har full kunskap om hur det sökta kännetecknet skulle kunna fungera på en marknad. Slående är då hur EG-rätten för in *association* som ett förväxlingsbegrepp, där omsättningskretsens associationer till ett visst kännetecken skall anses utgöra en del av förväxlingsbedöm-

[528] Jfr Koktvedgaard/Wallberg s. 58.
[529] Se Torreman i Intellectual Property Quarterly 1998 s. 299 ff.

ningen. I de s.k. *Lloyd*-[530] och *Sabel*[531]-avgörandena (p. 17 respektive 18–19) uttalade EG-domstolen förtydligande att det framgick av själva lydelsen av art. 5.1 b att begreppet *risk för association* inte var ett alternativ till begreppet risk för förväxling, utan syftade till att precisera dess räckvidd. I det perspektivet är den svenska VKs förslag till avskaffande av ett administrativt förprövningssystem av relativa registreringshinder att välkomna (se ovan s. 50).

Association bör vara något som i förbrukarens minne är kopplat till ett kännetecken. Det är helt enkelt vad han förutsättningslöst tänker på när han konfronteras med ett kännetecken.[532] Associationen måste således finnas i kännetecknets *mening*. För att kunna vara kännetecknens-rättsligt relevant, måste därmed även associationen vara *intersubjektiv* – den måste vara densamma i vart fall inom en betydande del av den krets till vilken kännetecknet riktar sig som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet.

För en traditionell svensk förväxlingslära kan det vara något överraskande att märkeslikheten skall anses påverkas av omsättningskretsens *associationer*. Ju starkare associationen är, desto större blir ju märkeslikheten.[533] Med ett traditionellt nationellt synsätt hade väl förhållandet närmast förklarats omvänt, så att ju mer lika kännetecknen är desto lättare är det att associera dem med varandra. Den i direktivet uttryckta regeln visar tydligt hur förväxlingsbarhet verkligen inte kan uppfattas som något faktiskt, utan som ett mer komplext begrepp, där inte bara kännetecknets *referens,* utan även dess *mening* spelar avgörande roll.

Association har emellertid på skilda sätt alltid funnits med som en faktor i den svenska förväxlingsläran. Förutom de strax ovan nämnda *Bregott*- och *God Morgon*-avgörandena, är ett talande exempel härpå det underrättsavgörande, där sifferkännetecknet *4712* ansågs vara förväxlingsbart med *4711*.[534] Att förväxla ett fyrsiffrigt nummer med ett

[530] Mål C-342/97 (Lloyd).
[531] Mål C-251/95 (Sabel).
[532] Jfr Torreman i Intellectual Property Quarterly 1998 s. 296.
[533] Se härtill Wessman i NIR 1998 s. 488.
[534] Göteborgs RR 3.2.1965 (4711).

annat, där endast en siffra skiljer, ligger *a priori* inte så nära till hands. Om emellertid det ursprungliga numret är starkt inarbetat, kan det ändå ligga nära till hands att man associerar det andra numret med det ena, vilket också tidigt visades i det fallet. Avgörandet har påtagliga likheter med det danska *AMW*-avgörandet, där inarbetningsgraden av *BMW* ansågs vara tillräcklig för att *AMW* skulle anses förväxlingsbart med *BMW*.[535] I båda avgörandena torde det också vara tydligt att det funnits en medvetenhet att utnyttja den kännedom som fanns hos omsättningskretsen att associera till det äldre kännetecknet.

Av principen om helhetsintrycket som utgångspunkt för förväxlingsbedömningen följer att två tecken kan ge samma helhetsintryck även om samtliga deras beståndsdelar skiljer sig åt.[536] Ett slags associationsskydd föreligger t.ex. i principen att samma företeelser på skilda språk kan anses förväxlingsbara,[537] eftersom de har samma *referens*. Ett exempel från svensk registreringspraxis kan vara *Solstrålen* som ansetts förväxlingsbart med *Sunbeam*.[538] Ett annat exempel som kan anföras är att en figur kan vara förväxlingsbar med ett ord.[539] Ytterligare ett exempel kan vara att alls inte liknande, utan tvärt om så att säga motsatta varuslag, t.ex. cigarrett och askfat, har ansetts förväxlingsbara.[540] Här bör också erinras om det ovan (s. 322 f.) berörda avgörandet av PBR där *Tulosba Akdov* vägrades registrering på grund av urvattningsrisken för varumärket *Absolut Vodka*.[541] Eljest är det tydligt att det i svensk rätt inte har tagits hänsyn till association i vidare bemärkelse.

I fråga om *skämtsam* eller *parodierande* kännetecknensanvändning,[542] framstår förväxlingsbarheten som särskilt problematisk. Intet talar – om

[535] U 1998 s. 102 (S) (AMW) (jfr ovan s. 325).
[536] Kohler, Das Recht des Markenschutzes s. 277; jfr Varumärkeskonflikter s. 201.
[537] Kobbernagel II s. 224.
[538] RÅ 1911 not Ju 46 (Solstrålen) (jfr ovan s. 281).
[539] Se RÅ 1974 A 318 (Hiab Elefant), RÅ 1972 H. 51 (NK) och RÅ 1980 Ab 97 (Tiger) (jfr ovan s. 276); jfr härtill även Immaterialretspositioner s. 183.
[540] Jfr ovan avd. 5.4.1.6 och RÅ 1966 not. H. 20 (White Owl).
[541] PBR mål 97-065 (Tulosba Akdov); se om avgörandet Levin i NIR 2001 s. 327 ff.; Jfr även PBR mål 97-310 (Solut Water) som ansågs förväxlingsbart med *Absolut Vodka.*
[542] Se Levin i SvJT 1992 s. 705 ff.; för en internationell utblick på området se vidare Grünberger i GRUR Int. 1992 s. 425; Kur i IIC 1992 s. 500 ff.; för tysk rätt se Grünberger i GRUR 1994 s. 246.

traditionella förväxlingsregler skall anläggas – för att slagkraftigheten i själva utnyttjandet skall påverka förväxlingsbarheten. Medan den traditionella förväxlingsläran bygger på risken för att kommersiella ursprung skall sammanblandas,[543] bygger ju parodierande kännetecknsanvändning snarare på en förlitan till betraktarens intellektuella associationsförmåga än dennes förmåga att förnimma en faktisk förväxlingsbar likhet med ett visst kännetecken.[544] Enligt *Wessman* var frågor om varumärkesparodier och varumärkesnedsvärtning närliggande råttgiftsproblematiken. Särskilt när det gällde parodier kunde det uppstå en svårlöst konflikt mellan varumärkesrätten och yttrandefriheten. Om behovet av ett skydd för varumärket var starkt och yttrandefriheten fick stå tillbaka, var det knappast för att förhindra ursprungsförväxling, utan för att skydda varumärkets värde.[545]

I det sammanhanget kan det vara intressant att ta upp ett avgörande av HD som gällde en nattklubbsverksamhet bedriven under kännetecknet *Bakis o. skakis*. Den ansågs enligt den s.k. *Kodakregelns* äldre lydelse i 6 § andra stycket VmL (se om den ovan avd. 4.4.5) inte göra intrång i rätten till *Friskis & Svettis* för ett träningscenter.[546]

> HD uttalade i sina domskäl att beteckningen *Bakis o. Skakis* i och för sig företedde viss likhet med ordmärket och firman *Friskis & Svettis*. Båda kännetecknen var sammansatta av två ord med suffixet *-is*. Orden saknade emellertid i övrigt likhet och hade helt olika innebörd. Den parodiska alludering på *Friskis & Svettis* som använts i marknadsföringen av *Bakis o. Skakis*, kunde också sägas bygga på att man förstod att det var fråga om olika kännetecken.

För exempel på denna form av kännetecknsanvändning kan hänvisas till det ovan (s. 304) refererade avgörandet Svea HovR dom den 24 juni 1987 (Blend) samt nedan i kap. 6 berörda MD 1985:11 (Marlboro) och MD 1987:11 (Armani). Några avgöranden tas också upp av Pehrson i NIR 1989 s. 522.

[543] Jfr Oversikt s. 288.

[544] Jfr Pehrson i NIR 1989 s. 533.

[545] Varumärkeskonflikter s. 374.

[546] NJA 1992 s. 633 (Friskis & Svettis).

Här kan ifrågasättas om bedömningen skulle ha varit densamma i dag. Det är klart att syftet inte bara med den kombinerade ord och figursymbolen, utan även med orddelen var att associera till *Friskis & Svettis*, vilket förmodligen också lyckades för den aktuella målgruppen. Ordmärket *Friskis & Svettis* borde nämligen ha förvärvat sådan *mening*, inte bara hos omsättningskretsen, utan även hos dem som inte går på gym, att alla anspelningar på detta kännetecknens uppbyggnad torde associera till verksamheten inom *Friskis & Svettis*. Avgörandet är således intressant i ljuset av utvecklingen inom Europa. Det är uppenbart att den som känner till ordkännetecknet *Friskis & Svettis*, associerar till det när han läser eller hör kännetecknet *Bakis o. skakis*.[547] Likhetsbedömningen i *Friskis & Svettis*-avgörandet kan också jämföras med registreringsavgörandet RÅ 1977 Ab 215 (*Vi Båtägare*), vilket emellertid inte gällde det utökade skyddet för väl ansedda kännetecken. Där ansågs ett varumärke bestående av orden *Vi båtägare* för tidningar och tidskrifter kunna registreras, trots invändning med åberopande av inarbetning av orden *Vi Bilägare*.

> RegRn konstaterade att varumärkena visserligen var ordmässigt likartade, men att de hade en uppbyggnad som var förhållandevis vanlig inom tidningsbranschen. Märkena hade vidare, med hänsyn till sin utpräglat deskriptiva natur, vart för sig en relativt begränsad skyddszon. Beståndsdelen *Båt* / *Bil* syntes härvid böra tillmätas stor särskiljande betydelse. På grund härav och eftersom konsumenter av facktidskrifter fick antas vara förhållandevis märkesmedvetna, ansågs det sökta märket *Vi Båtägare* inte förete sådan likhet med *Vi Bilägare* att märkena var förväxlingsbara. Besvärsavdelningen ansåg dock, till skillnad från såväl RegRn som PRV, att kännetecknen var förväxlingsbara. *Vi Bilägare* var inarbetat såsom varumärke för en tidskrift. Det gällde enligt Besvärsavdelningen alltså för samma varuslag som dem vilka avsågs i ansökningen. Varumärkena *Vi Båtägare* och *Vi Bilägare* var uppbyggda på samma sätt och var även i övrigt påfallande lika. Eftersom dessutom de tidskrifter som där avsågs, vände sig till i stort sett

[547] Jfr dock Levin, som konstaterat att med den nya *Kodakregeln*, kvarstår som tillåtet sådnat, där märkeslikheten eliminerats men det ändå finns kvar ett associativt element, där Friskis & Svettis/Bakis o. Skakis torde kunna utgöra exempel på detta (Levin i SvJT 1992 s. 720).

> samma kategori människor, kunde likheten mellan de två berörda märkena lätt ge upphov till missförstånd om ett kommersiellt samband eller eljest någon samhörighet mellan de två märkeshavarna.

Association är intressant i förhållande till kännetecknets *mening* och *referens*, eftersom den avser ett komplicerat förhållande dem emellan. Om association skall kunna medföra förväxlingsbarhet, medför ju detta *de facto* att själva associationen är *referensskapande*, men associationen grundas ytterst i den *mening* som finns i ett visst kännetecken, liksom i det ord som kännetecknet associerar till. Det är fråga om uppfattningar om kännetecknet som har att göra med egenskaper av skilda slag eller egenskaper hos de varor som kännetecknas, samtidigt som kännetecknet tar utgångspunkt i omsättningskretsens erfarenheter av vitt skilda slag. Intressant i detta sammanhang är också att den *mening* som det här är fråga om, inte nödvändigtvis, och som regel inte, utgör renommé eller *goodwill*, utan är så att säga värdeneutral. Att man associerar *Bakis o. skakis* med *Friskis & Svettis* har i grunden inte att göra enbart med att *Friskis & Svettis* är ett välrenommerat kännetecken. Associationsskyddet utgör således ett särskilt skydd för *mening* av ett visst slag och det är därmed huvudsakligen kopplat till en faktisk förväxlingsbedömning.

Även om det i och med EGs varumärkesdirektiv blev klart att association skall anses utgöra en del av förväxlingsbedömningen, har en sådan, såsom exemplifierats ovan, någonstans, i vart fall under tiden sedan ikraftträdandet av 1960-års VmL, i vissa hänseenden funnits med som en faktor i förväxlingsbedömningen. Det finns emellertid en viss skillnad mellan den traditionellt svenska eller nordiska associationskomponenten i förväxlingsbedömningen och den som varit avsedd enligt direktivet. Medan associationen i nordisk rätt huvudsakligen legat främst i association av gemensamma drag i kännetecknens ursprungliga *referens* (jfr t.ex. *Solstrålen* och *Sunbeam* vilka båda så att säga *refererar* till samma föremål), synes den association som avsetts enligt Varumärkesdirektivet, främst och i vart fall inte minst ha avsett association i fråga om kännetecknens egen *mening*, något som inte på samma sätt tra-

ditionellt uppfattats som förväxlingsfaktum i svensk rätt. Ett undantag härvidlag utgör dock *Tulosba Akdov*-avgörandet.[548]

Enligt *Koktvedgaard* var problemet om ett motivskydd reducerat till ett spörsmål om hur brett det kännetecknsrättsliga skyddet borde vara: ”Det er her indlysende, at den erhvervsdrivende, der benytter et meningsbærande varemærke, vil ønske beskyttelse mod alle varemærker, der kan opfattes på samme måde. Overfor dette ønske står imidlertid stærke modhensyn. En bred motivbeskyttelse vil virke meget generende for andre erhvervsdrivende, og den brede beskyttelse vil være omulig at håntere for registreringsmyndighederne. Rent praktisk må man derfor begrænse beskyttelsesområdet meget stærkt. Hvor stærk begrænsningen skal være afhænger navnlig af mærkets benyttelse og af motivets beskaffenhed.”[549]

4.5 Vilseledande kännetecken

Enligt 14 § första stycket 2 VmL får ett varumärke inte registreras om det är ägnat att vilseleda allmänheten. Strikt kännetecknsrättsligt har ett kännetecken ansetts vilseledande om det är ägnat att framkalla en oriktig uppfattning om den kännetecknade varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris, ursprungsort eller tiden för dess framställande, medan däremot ett kännetecken normalt inte anses vilseledande endast av den anledningen att det är så likt en annan näringsidkares kännetecken att omsättningskretsen får uppfattningen att det är fråga om den senares varor eller att det föreligger ett kommersiellt samband. Då är det ju fråga närmast om förväxlingsbarhet.[550] Denna principiella skillnad mellan vilseledande och förväxlingsbarhet, är kanske inte helt konsekvent genomtänkt av lagstiftaren. Ett kännetecken kan nämligen *de facto* vara vilseledande på olika sätt. Primärt kan skiljas mellan vilseledande om *egenskap* i skilda hänseenden och vilseledande om ett *ur-*

[548] PBR mål 97-065 (Tulosba Akdov).
[549] Immaterialretspositioner s. 182 f.
[550] Immaterialrätt s. 203.

sprung. Vilseledande om ursprung kan i sin tur avse såväl ett *geografiskt* som ett *kommersiellt* sådant. Vilseledande om egenskap eller faktiskt ursprung tar sikte på varans *mening*, d.v.s. att omsättningskretsen vilseleds att tro att varan har vissa egenskaper. Dessa företeelser har skydd i olika hänseenden såväl i kännetecknsrätten som enligt marknadsföringslagstiftningen. När man talar om vilseledande om ett *kommersiellt* ursprung, är man förväxlingsläran mycket nära. Ett sådant vilseledande avser, liksom förväxlingsbarhet, i första hand kännetecknets *referens*. Omsättningskretsen förleds att tro att ett visst kännetecken *refererar* till en vara med annat kommersiellt ursprung. Därmed skulle man kunna ha anledning att tro att sådant förledande skulle vara allenast åtkomligt inom kännetecknsrättens förväxlingslära, men så är inte alltid fallet. Gränsen mellan vilseledande om egenskaper i vidare bemärkelse och vilseledande om ett kommersiellt ursprung är nämligen såsom visas nedan inte alltid skarp. Gränsen mellan vilseledande om kommersiellt ursprung och ren förväxlingsbarhet har i praktiken, också genom utvecklingen i praxis inom marknadsföringslagstiftningen, kommit att framstå som delvis diffus, något som kan ha sin grund i den svenska kännetecknsrättens utveckling under 1990-talet.

Före 1960 års VmL fanns i svensk rätt inte någon motsvarighet till det i de flesta utländska varumärkeslagar upptagna registreringshindret för vilseledande varumärken. Med tanke på Sveriges åtaganden enligt PK var det därför angeläget att ett effektivt skydd mot vilseledande kännetecken infördes i kännetecknsrätten. Något direkt skydd mot sådana fanns ju inte heller i IKL.[551] Enligt art. 10bis 2 PK skall varje handling som strider mot god affärssed i immaterialrättsliga sammanhang utgöra otillbörlig konkurrens. Detta gäller enligt art. 10bis 3 PK i synnerhet när

[551] Heiding pekade emellertid på 1 § IKL, där det stadgades straff för den som i utövning av näringsverksamhet genom meddelande på vara, anslag eller skylt eller i annons, cirkulär, prospekt eller priskurant eller genom annat för ett större antal personer avsett meddelande i uppenbar strid mot god affärssed angående verksamheten eller däri utbjudna varor eller prestationer, lämnade oriktig uppgift, ägnad att framkalla uppfattningen om ett fördelaktigt utbud, där han hade haft eller borde ha haft vetskap om uppgiftens oriktighet (Heiding s. 200).

marknadsstrategin är vilseledande för allmänheten beträffande t.ex. tillverkningen, karaktären eller kvantiteten av näringsidkarens varor.

VFU åsyftade med förslaget till 14 § första stycket 2 VmL märken som var ägnade att vilseleda angående viss egenskap hos varan, d.v.s. märken som kunde framkalla en oriktig uppfattning om varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller ursprungsort eller angående tiden för dess framställande. Härifrån ville utredningen skilja sådant vilseledande som kunde uppkomma genom att märken var förväxlingsbara och som alltså kunde leda till ett misstag angående varornas kommersiella ursprung.[552] I propositionen med förslag till varumärkeslag konstaterade departementschefen emellertid att någon närmare gränsdragning mellan de olika formerna av vilseledande inte hade gjorts i förslaget och att det torde vara svårt även att praktiskt genomföra. Med hänsyn härtill syntes det vara enklare att låta bestämmelsen i 14 § första stycket 2 VmL vara tillämplig i samtliga fall när varumärke kunde anses vilseledande.[553] På grund härav kunde bestämmelsen omfatta även vilseledande angående varans kommersiella ursprung.[554]

I den ursprungliga lydelsen av 14 § första stycket 2 VmL krävdes att kännetecknet skulle vara *uppenbart* vilseledande. Uppenbarhetsrekvisitet togs emellertid bort i och med 1993 års revision av VmL. Eftersom något sådant krav inte uppställs i Varumärkesdirektivet,[555] får ett varumärke i dag således inte registreras om det är *ägnat att vilseleda allmänheten* (14 § första stycket 2 VmL). Enligt Varumärkesdirektivets art. 3.1 g får varumärken nämligen inte registreras om de är ägnade att vilseleda allmänheten, t.ex. med avseende på varans eller tjänstens art, kvalitet eller geografiska ursprung.

Enligt 25 § andra stycket 1 VmL kan registreringen av ett vilseledande varumärke hävas och enligt 35 § VmL kan användningen av ett vilseledande kännetecken förbjudas. Med tanke på att vilseledande kännetecken kan motverkas såväl vid registrering som efter användning och

[552] SOU 1958:10 s. 279 ff. och 289 f.
[553] Prop. 1960:167 s. 114.
[554] Op. cit. s. 251 f.
[555] Jfr prop. 1992/93:48 s. 75.

att användning inte kräver registrering, kan möjligheterna till hävning och förbud ses som två skilda sidor av samma sak och därmed verka som en objektrelaterad företeelse. Enligt 35 § andra stycket VmL kan domstolen vid vite meddela förbud om varukännetecken är vilseledande eller innehavare av varukännetecken eller annan med hans medgivande använder kännetecknet på sådant sätt, att allmänheten vilseleds. Bestämmelsen utgjorde ursprungligen ett led i ambitionen att ge skydd mot sådan kännetecknsanvändning som tidigare – om alls – varit åtkomlig med hjälp av IKL. Vid bedömningen skulle hänsyn tas till om användningen medförde *förväxling* (jfr 9 § IKL), varvid alla relevanta omständigheter skulle vägas in.[556] Bestämmelsen ansågs primärt ha ett konsumentskyddande syfte. VFU påpekade uttryckligen att förbudsbestämmelsen VmL i första hand skulle ha betydelse på det principiella planet och att man inte räknade med att den skulle komma att tillämpas i praktiken annat än i undantagsfall och med varsamhet.[557] Detta, tillika med att det ankommer på allmän åklagare att föra talan om förbud, har medfört att bestämmelsen i 35 § andra stycket VmL sällan kommit till tillämpning i rättspraxis (jfr ovan s. 46 och s. 52 f.).[558] Förbud enligt 35 § VmL har av allt att döma varit föremål för prövning endast i ett – i sig inte prejudicerande – avgörande.[559]

> Målet rörde vilseledande användning av varumärket *Swedish Tanners*. Varumärket ansågs i TRn vilseleda om verksamhetens omfattning, varför förbud meddelades. HovRn kom till motsatt slutsats på grund av en restriktiv tolkning av kravet på vilseledande. Prövningstillstånd till HD meddelades men målet avskrevs, eftersom svaranden avled innan det kom till HDs prövning.

[556] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 295.
[557] SOU 1958:10 s. 327; Prop. 1960:167 s. 172 (jfr ovan avd. 1.3.1).
[558] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 380 ff.; Noveller s. 156; Immaterialrätt s. 223; Nordell i NIR 1992 s. 499 och NIR 1998 s. 232.
[559] Hovrätten för västra Sverige dom den 1 november 1983 (Swedish Tanners).

4.5.1 Vilseledande om egenskap

Förbudet mot vilseledande eller oriktiga kännetecken ger uttryck åt *sanningsgrundsatsen* (jfr om den ovan s. 86 f.). Om ett kännetecken således på ett eller annat sätt anger ett visst varuslag eller vissa egenskaper, kan det inte registreras för andra sådana. Känneteckenshavaren blir då tvingad att antingen begränsa sin varuförteckning eller ändra kännetecknet i något hänseende.[560] I själva registreringsförfarandet kan det naturligtvis vara svårt att avgöra om ett varumärke är vilseledande eller inte. Sökanden skall visserligen ange de varor eller varuklasser, för vilka registrering söks men registreringsmyndigheten har inte alltid möjlighet att ta ställning till om kännetecknet kan vilseleda, eftersom den inte kan uttala sig om hur kännetecknet skall komma att användas. I motiven till VmL angavs exemplet *Yllona* för tyger. I ansökan vore det tillräckligt att ange att varumärket skall användas för *tyger*. Om kännetecknet senare skulle komma att användas för ett tyg av ylle eller nylon, vore det inte vilseledande, men däremot om det skulle användas för ett bomullstyg.[561]

Även om möjlighet att hindra vilseledande redan på registreringsstadiet som regel torde gälla endast för deskriptiva märken, kan ett kännetecken vara vilseledande genom att antyda en generisk beteckning för en produkt med helt andra egenskaper än det åsyftade ordet. I det hänseendet kan från registreringspraxis anföras det i dag något betänkliga avgörande av RegRn, där *Sprite* för läskedrycker ansågs vilseledande på grund av sin likhet med den generiska beteckningen *sprit*.[562] Ett möjligen mer bärkraftigt avgörande kan då kanske vara Besvärsavd. 21/65 (Reten) där ansökan om registrering av varumärket *Reten* för vattenlösliga polymerer avslogs eftersom *reten* var den generiska beteckningen för cykliskt kolväte.[563] Såsom ovan (s. 231) konstaterats, kan många sifferkännetecken uppfattas som vikt- eller måttangivelser.[564] Om en så-

[560] Kobbernagel II s. 118.
[561] SOU 1958:10 s. 281 f.; jfr liknande exempel givna hos Kobbernagel II s. 119.
[562] Besvärsavd. mål 7/1965 och 10/1965 (Sprite I).
[563] Se härtill Varumärken från konsumentsynpunkt s. 374.
[564] Koktvedgaard/Wallberg s. 46; jfr det absoluta registreringshindret i 13 första stycket VmL.

dan angivelse är felaktig, blir kännetecknet följaktligen också vilseledande.

Ett kännetecken är emellertid knappast vilseledande om det är osannolikt att förbrukarna tror att den generiska benämningen verkligen anger varans art, t.ex. *Opium* för parfym.[565] Den ursprungliga *referensen* för ordet *opium* är helt enkelt så främmande för parfym, att det knappast kan ge *mening* som sådan i kännetecknet *Opium*. I detta sammanhang faller *Dr Pepper*-avgörandet på plats, där RegRn godkände registreringen av varumärket *Dr Pepper* för bland annat läskedrycker, trots att omsättningskretsen skulle kunna förledas att tro att det funnits någon läkares medverkan bakom produkten.[566]

> RegRn ansåg att *Dr Pepper* inte förmedlade ett intryck av att vara tillverkat enligt läkarrecept eller under kontroll av läkare. Det samband med läkare som varumärket i övrigt skulle kunna antyda, var inte av så väsentlig betydelse för allmänhetens uppfattning om varorna, att märket för den skull borde betraktas som ägnat att uppenbarligen vilseleda allmänheten.[567]

I några avgöranden har ett märke vägrats registrering på grund av att det ansetts antyda eller ge intryck av att varumärkeshavaren har en viss kompetens eller officiell ställning. Således har firman *Tvätteriernas inköpscentral* för ett företag som bedrev vanlig tvätteriverksamhet vägrats registrering.[568] Däremot har det inte ansetts vara något hinder mot registrering att märket innehåller ord eller uttryck som är ägnade att framkalla ett intryck av att varan är av hög kvalitet eller på annat sätt besitter önskvärda egenskaper.[569] Enligt motiven till FL borde man också vara *varsam* med att vägra registrering av s.k. *pretentiösa firmor*,

---

[565] Jfr RÅ 1978 2:95 (Opium).

[566] RÅ 1968 ref. 23 (Dr Pepper).

[567] I doktrinen har detta avgörandet ansetts vara *ganska diskutabelt* (se Bernitz i NIR 1975 s. 185; dens., Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 135. Enligt min egen mening kan ju inte någon som kommit i kontakt med denna oklart smakande läskedryck, bibringas uppfattningen att den skulle kunna ha läkande egenskaper – snarare tvärt om.

[568] RÅ 1969 not. H. 52 (Tvätteriernas inköpscentral); jfr härtill även avgörandena Besvärsavd. mål 105/1971 (Eurocontrol) och Besvärsavd. mål 156/1978 (Djurombudsmannen).

[569] Se SOU 1958:10 s. 282.

d.v.s. firmor som ger en överdriven uppfattning om verksamhetens omfattning och inriktning. Registrering skulle vägras endast när det var uppenbart att firman skulle komma att vilseleda allmänheten.[570]

4.5.2 Vilseledande om geografiskt ursprung

I motiven till 1960 år VmL uttalades att oriktigt intryck av varans geografiska ursprung kunde framkallas av såväl figuranordningar som text ingående i varumärke. Innehöll märket ett geografiskt namn, såsom Sverige, Eskilstuna, Boston o.s.v. och avsåg det varor som inte hade något samband med den angivna platsen, var det vilseledande. Motsvarande gällde även adjektiv med geografisk innebörd, såsom dansk, schweizer-, skånsk o.s.v.[571]

TRIPS-avtalet innehåller vissa bestämmelser om vilseledande om geografiskt ursprung. Medlemsstaterna är enligt avtalets art. 22.2 skyldiga att tillhandahålla berörda parter rättsliga förfaranden för att förhindra användning av något i en varas beteckning eller presentation som anger eller ger intryck av att varan i fråga har sitt ursprung i ett annat geografiskt område än det riktiga på ett sätt som *vilseleder* allmänheten om varans geografiska ursprung liksom även sådan användning som utgör otillbörlig konkurrens som avses i art. 10^{bis} PK. Enligt art. 22.3 skall en medlemsstat antingen på eget initiativ eller efter framställning av berörd part, vägra eller ogiltigförklara registrering av ett varumärke som innehåller eller består av en geografisk ursprungsbeteckning avseende varor som inte har sitt ursprung i det angivna territoriet, om användningen av beteckningen i varumärket för sådana varor i medlemsstaten är av sådan karaktär att den *vilseleder* allmänheten med avseende på det riktiga ursprunget. (jfr ovan s. 241) angående registrering av geografiska ursprungsbeteckningar).

[570] SOU 1967:35 s. 217 f.
[571] SOU 1958:10 s. 282.

Art. 13.1 a i EGs förordning om geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel[572] stadgar också att registrerade beteckningar skall skyddas mot varje direkt eller indirekt kommersiellt bruk av den skyddade beteckningen för produkter som inte omfattas av registreringen i den mån dessa produkter är jämförbara med de produkter som har registrerats under beteckningen i fråga, eller detta bruk av den skyddade beteckningen innebär att dennas anseende exploateras. Enligt art. 13.1 b skyddas beteckningen mot varje obehörigt bruk, imitation eller anspelning, även när produktens verkliga ursprung anges eller det skyddade namnet har översatts eller åtföljs av uttryck som ”stil”, ”typ”, ”metod”, ”sådan som tillverkas i”, ”imitation” eller dylikt. I art. 13.1 c förbjuds vidare varje annan osann eller *vilseledande* uppgift om ursprung, härkomst, beskaffenhet eller väsentliga egenskaper hos produkten på dennas inre eller yttre förpackning, reklammaterial eller handlingar, liksom förpackning av produkten i behållare som är ägnad att inge en oriktig föreställning om produktens verkliga ursprung. Enligt förordningens art. 13.1 d är beteckningar skyddade mot annat beteende som är ägnat att *vilseleda* allmänheten om produktens verkliga ursprung.

Förhållandet mellan förordning om geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel och nationell rätt preciserades av EG-domstolen i det s.k. *Warsteiner*-avgörandet.[573] Fråga var om användningen av beteckningen *Warsteiner* för öl som tillverkades fyrtio kilometer från orten *Warstein* i Tyskland, i enlighet med den nationella tyska domstolen, kunde anses vara vilseledande.

> Domstolen uttalade att det följde av förordningens art 2.2 b att endast de geografiska beteckningar hos vilka det fanns ett direkt samband mellan, å ena sidan, en viss kvalitet, ett visst anseende eller en viss annan egenskap hos produkten och, å andra sidan, dess särskilda geografiska ursprung omfattades av förordningen. Förordningen kunde dock inte utgöra hinder för tillämpning av nationell lagstiftning som förbjöd vilseledande användning

[572] Rådets förordinng nr 2081/92 (EEG) av den 14 juli 1992 om skydd för geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel.

[573] Mål C-312/98 (Warsteiner).

av en beteckning när det inte fanns något samband mellan produktens egenskaper och dess geografiska härkomst. Eftersom *Warsteiners* kvalitet inte ansågs bero på det geografiska ursprunget, stred de nationella reglerna inte mot förordningen.

Enligt 14 § första stycket 2. VmL får man inte registrera varumärken som vilseleder om varans geografiska ursprung.[574] På liknande sätt ges möjlighet till förbud mot vilseledande om geografiskt ursprung enligt marknadsrätten genom såväl generalklausulen i 4 § MFL som de direktsanktionerade förbudsbestämmelserna i 6 § MFL om vilseledande marknadsföring och 8 a § MFL om jämförande reklam. Därtill finns särskilda bestämmelser om vilseledande användning om geografiska ursprungsbeteckningar i alkohollagen (se härom nedan s. 448).

En grundläggande förutsättning för att ett varumärke skall vilseleda om geografiskt ursprung är naturligtvis att varan inte kommer från platsen ifråga. En geografisk plats kan dock anges eller antydas på skilda sätt.[575] PRV och PBR har traditionellt förutsatt att varan normalt kommer från den plats som varumärket antyder.[576] Den vilseledande effekten kan dock neutraliseras genom att det verkliga geografiska ursprunget tydligt anges på varan.[577] Från registreringspraxis kan här nämnas några avgöranden där varumärken har ansetts vara vilseledande om geografiskt ursprung.

Ett företag som sökte registrering av märket *Australian Gold* för kosmetiska produkter från USA, fick avslag av PBR,[578] eftersom konsumenter kunde få uppfattningen att produkterna kom från Australien. Ett tyskt företag som sökte registrering av varumärket *Martin Brinkmann-Texas* ansågs av PBR[579] vara vilseledande om inte sökanden kunde visa en anknytning till Texas, t.ex. en filial eller anläggning i Texas eller att varorna innehöll tobak

[574] Se RÅ 1980 2:46 (China Seas) och 1984 2:71 (Agelo Litrico Roma).
[575] Jfr SOU 1958:10 s. 282.
[576] Se op. cit. s. 280.
[577] Varumärkesrättens grunder s. 84.
[578] PBR mål 95-253 (Australian Gold).
[579] Besvärsavd. mål 10819/63 (Martin Brinkmann-Texas).

från Texas.[580] I ett snarlikt avgörande[581] ändrade sökanden sin ansökan rörande märket *California* till att gälla tobaksprodukter framställda av eller med användning av tobak från Kalifornien. Med hänsyn till registreringshindret för vilseledande varumärken i 14 § första stycket 2 VmL, kunde ansökan inte beviljas. PBR framhöll att märket visserligen inte var vilseledande om varorna uteslutande innehöll tobak från Kalifornien. Men formuleringen, användning av tobak från Kalifornien, ansågs alltför vag. Den kunde ju innebära att endast en liten del av tobaken kom från Kalifornien. I RegRn begränsades ansökan till att gälla tobak som *uteslutande kom från Kalifornien*. Under sådana omständigheter var märket inte vilseledande.

Ett företag från Västtyskland[582] ansökte om registrering av varumärket *Angelo Litrico Roma* för bland annat kläder. Märket ansågs uppenbart vilseledande, eftersom Roma är det italienska namnet på Italiens huvudstad. PRV avslog ansökan om registrering. Inför PBR gjorde sökanden en *disclaimer* för *Roma*. Trots det ansåg PBR att varumärket var uppenbart vilseledande. Beslutet fastställdes av RegRn.[583]

Registrering har vägrats för ett figurmärke innehållande texten *Münchener Bayerskt Lageröl*, för ett svenskt öl.[584] Enligt PBR förekom ordet *Münchener* tillsammans med *Bayerskt Lageröl*, där det förstnämnda mer var ägnat att understryka en geografisk anknytning för varan än motsatsen och där det senare i vart fall inte besatt förmåga att verka neutraliserande. Omständigheten att *Münchener Bayerskt*, såsom det förekom i märket, framstod som ursprungsangivande för sökandens vara och således uppfattades som att den hade tysk (bayersk) härkomst och framställts i München. Eftersom det vid valet av en vara såsom öl uppenbarligen inte saknade betydelse för köparna var den hade framställts, var märket för ett svensktillverkat öl att anse som vilseledande om geografiskt ursprung enligt 14 § första stycket 2 VmL.

Ett amerikanskt företag ansökte om registrering av varumärket *Chrysler Monaco* för motorfordon. Enligt PRV var märket uppenbarligen ägnat att

[580] PBR angav inte hur mycket tobak från Texas som måste ingå i varorna, utan uttalade endast att om tobak från Texas ingick i tobaksvarorna, märket inte var vilseledande om geografiskt ursprung.
[581] RÅ 1971 H. 29 (California).
[582] RÅ 1984 2:71 (Angelo Litrico Roma).
[583] Se också RÅ 1980 2:46 (China Seas).
[584] PBR mål 91-084 (Münchener Bayerskt Lageröl).

vilseleda allmänheten om varans geografiska ursprung. PBR[585] undanröjde beslutet och återförvisade ärendet till PRV. Enligt PBR förelåg knappast risk för att allmänheten skulle tro att bilarna kom från det kända furstendömet Monaco.

Registrering har vägrats för märket *Santa Monica* för vin med chilenskt ursprung.[586] Trots att sökanden påpekade att märket i religiösa kretsar var väl känt som namnet på kyrkofader *Augustinus* moder, anförde PBR som huvudskäl för avslag att Santa Monica var namnet på en även för den svenska allmänheten känd badort och förstad till Los Angeles i Kalifornien. Det fick enligt PBR vidare anses väl känt också här i landet att Kalifornien hade en omfattande produktion av vin. Det låg därför nära till hands att tro att vin med beteckningen *Santa Monica* hade sitt geografiska ursprung i Kalifornien.

En finsk rockgrupp ansökte om registrering av märket *Leningrad Cowboys* jämte figur. PRV som ansåg att märket var vilseledande om geografiskt ursprung, framhöll att sökanden inte visat att märket *Leningrad Cowboys* uppfattades som namnet på en finsk rockgrupp. Sökanden framhöll att varumärket registrerats i vissa andra länder. Detta påverkade emellertid inte PRV som avslog ansökan. PBR ändrade inte PRVs beslut.[587]

Om den geografiska platsen framstår som avlägsen och närmast av exotiskt slag, har registrering emellertid accepterats. I doktrinen har t.ex. konstaterats att såväl *Mont blanc* som *Bajkal* är registrerade varumärken.[588] Från registreringspraxis kan också nämnas ett avgörande där ett franskt företag ansökte om registrering av märket *Jaïpur* – som också är namnet på en indisk stad – för kosmetiska produkter.

PRV ansåg att särskiljningsförmåga saknades, eftersom märket uteslutande angav ett geografiskt ursprung enligt 13 § första stycket VmL. Varumärket ansågs vidare vilseleda om varans geografiska ursprung enligt 14 § första stycket 2 VmL. Enligt PBR[589] var det emellertid inte allmänt känt att Jaïpur

[585] PBR mål 92-593 (Chrysler Monaco).
[586] PBR mål 98-038 (Santa Monica).
[587] PBR mål 94-546 (Leningrad Cowboys).
[588] Se Immaterialrätt s. 201.
[589] PBR mål 95-068 (Jaïpur).

var en stad i Indien. Därför var inte varumärket vilseledande om varans geografiska ursprung.

Märket *Aspen*, som är namnet på en liten stad i Colorado i USA, har också kunnat registreras för parfymvaror.[590] Enligt PBR var frågan i målet om den svenska omsättningskretsen hade anledning att förknippa parfymvaror med staden. Det kunde emellertid inte utan vidare antas att den svenska allmänheten i någon större omfattning kände till förekomsten av den amerikanska staden Aspen. I den mån staden var känd här i landet, måste det grunda sig enbart på stadens ryktbarhet som en vintersportort. Med dessa utgångspunkter framstod det som sannolikt att märket endast i tämligen blygsam omfattning kom att sättas i samband med staden Aspen, och om så ändock skedde, fick det anses ligga närmast tillhands att utgå ifrån att märket förmedlade en suggestiv föreställning om varornas egenskaper grundad på de föreställningar som en ort av det aktuella slaget förknippas med ifråga om bland annat sport- och naturupplevelser. Det kunde, med hänsyn till varuslaget, för övrigt inte heller uteslutas att omsättningskretsen till en del i stället uppfattade märkesordet som en suggestiv hänsyftning på trädet asp. PBR fann därför inte befogad anledning föreligga till antagande att märket *Aspen* skulle komma att uppfattas som ursprungsangivande.

Här bör noteras även ett avgörande av RegRn,[591] där ett norskt företag beviljades registrering av orden *Windsor Door* i visst utförande.

Besvärsavdelningen ansåg märket vara uppenbart ägnat att vilseleda allmänheten. I ett särskilt yttrande med förtydliganden till RegRn uttalade besvärsavdelningen 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. RegRn som emellertid inte ansåg att det fanns några hinder mot registrering, uttalade att märket *Windsor Door*, även om det närmast förde tankarna till England, inte ansågs uppenbart ägnat att vilseleda allmänheten.[592]

[590] PBR mål 98-202 (Aspen).
[591] RÅ 1971 H. 62 (Windsor Door).
[592] Se härtill Pehrsons kommentar till avgörandet i Varumärken från konsumentsynpunkt s. 372.

I det ovan (s. 237 f.) berörda avgörandet angående registrering av ordmärket *Alaska* för bland annat rör och rörkopplingar,[593] var fråga även om märket kunde anses vilseleda om geografiskt ursprung.

> PBR konstaterade att geografiska namn i svensk rätt hade ansetts vara vilseledande om varan i verkligheten kommit från en annan plats, i vart fall om namnet ensamt eller i förening med något annat märkeselement hade förmedlat något som varit ägnat att sättas i samband med varans kvalitet på grund av geografiskt ursprung.[594] I betraktande av att märkesordet *Alaska* – vare sig ensamt eller i förening med övriga märkeselement – förmedlade varken något som var ägnat att sättas i samband med de sökta varornas kvalitet eller andra egenskaper på grund av geografiskt ursprung, kunde märket inte anses vilseledande med avseende på varornas ursprung.

Under senare tid ter sig PRVs bedömning alltså strängare än PBRs.[595] Det är emellertid svårt att se något tydligt mönster i PBRs praxis.[596] Att *Chrysler* t.ex. inte rimligen kan tillverka bilar i Monaco förefaller väl kanske inte så uppenbart för den genomsnittlige konsumenten. Men till det allmänna medvetandet torde väl å andra sidan i dag höra att rockgrupper kan heta i stort sett vad som helst och något allmänt skyddsintresse av en rockgrupps geografiska ursprung är svårt att se. Däremot framstår orten *Jaïpur* hur som helst så avlägsen och exotisk att det inte gärna finns någon risk att vilseledas att tro att de kosmetiska produkterna ifråga skulle komma från denna indiska stad. Däremot kan väl, med tanke på dagens påtagliga amerikanska mediepåverkan, antas att kännedomen om skidorten Aspen är tämligen allmän.

Medan registreringshindret i 13 § första stycket VmL mot kännetecken som anger varans geografiska ursprung tar sikte på frågan om särskiljningsförmåga och närmast kännetecknets avsaknad av kännetecknsrättslig *referens* till viss geografisk belägenhet (jfr ovan avd. 4.3.5),

---

[593] PBR mål 00-334 (Alaska).

[594] Här åberopade domstolen mål 00-028 (Asia Med), mål 98-202 (Aspen) och 98-038 (Santa Monica).

[595] Jfr PBR mål 95-068 (Jaïpur) med PBR mål 92-593 (Chrysler Monaco) och PBR mål 94-278 (Dakota).

[596] Jfr PBR mål 95-253 (Australian Gold) med PBR 593-2 (Chrysler Monaco).

avser hindret i 14 § första stycket 2 VmL, i vad det avser vilseledande om geografiskt ursprung, närmast kännetecknets *mening* i fråga om uppfattningen av egenskaper m.m. hos varor som saluförs under visst kännetecken. Förordningen om geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel tillskapar ett skydd *sui generis* för själva ursprungsbeteckningen, vilket syftar till att skapa en *referens* såväl till det geografiska ursprunget som till de varor som skyddas enligt förordningen. Den syftar också till att säkerställa att den *mening* som ackumulerats i ifrågavarande varor behålls för dem och inte förs över på varor med annat geografiskt ursprung. Det gäller såväl i fråga om den geografiska *primärmeningen* som den förvärvade *egenskapsmeningen*.

4.5.3 Vilseledande om kommersiellt ursprung

Som ovan konstateras, har den allmänna uppfattningen varit att kännetecken som vilseleder om ett kommersiellt ursprung, skall bedömas i enlighet med allmänna principer enligt förväxlingsläran. Såsom nedan visas, finns det emellertid situationer där gränsen är hårfin mellan vad som anses vara ett förväxlingsbart och ett vilseledande kännetecken enligt VmL.

Vilseledande om kommersiellt ursprung kan delas in i huvudkategorierna vilseledande efterbildningar och vilseledande kännetecksanvändning.[597] Medan vilseledande efterbildningar tar sikte närmast på produkt- och förpackningsutstyrslar, tar vilseledande kännetecksanvändning närmast sikte på ett två- eller tredimensionellt kännetecken. I och för sig kan en varu- eller förpackningsutstyrsel också vara skyddad som kännetecken. På liknande sätt kan naturligtvis även annat än rena produkt- och förpackningsutstyrslar utgöra vilseledande efterbildningar. Distinktionen bygger närmast på äldre kännetecksrättsliga princi-

[597] Enligt *Holmqvist* skulle man dela upp varu- och förpackningsutstyrslar i två- respektive tredimensionella varukännetecken. Medan de tvådimensionella skulle bestå av dekoren på varan eller förpackningen (dekorutstyrsel), bestod de tredimensionella av formen på varan eller förpackningen (se Holmqvist i NIR 1987 s. 43 ff.).

per, enligt vilka högre krav på distinktivitet ställdes på utstyrslar.[598] Det medförde att en utstyrsel som då inte ansågs uppfylla krav på kännetecknsrättslig särskiljningsförmåga, väl kunde anses kommersiellt särpräglad enligt marknadsföringslagstiftningen. Även om det teoretiskt sett även i dag kan antas finnas utstyrslar som är kommersiellt särpräglade, utan att för den skull vara inarbetade enligt VmL,[599] torde den allmänna uppfattningen i dag vara att ett en utstyrsel med kommersiell särprägel också bör kunna inarbetas som kännetecken.[600]

För att belysa hur förväxlingsbarhet och vilseledande kännetecknsanvändning går i varandra, kan från äldre praxis åminnas ett – på sin tid mycket uppmärksammat – hovrättsavgörande, där en näringsidkare påstods ha gjort intrång i rätten till varumärket *Ramlösa* genom att marknadsföra sodavatten på flaskor med förväxlingsbara etiketter.

> I likhet med RRn ansåg HovRn att användningen av ordet *Ramlösa* varit ägnat att bibringa köparna uppfattningen att fråga varit om *Ramlösabolagets* vatten. HovRn uttalade emellertid att orsaken till förväxlingen inte var att söka enbart i förhållandet, att å *Vattenbolagets* etikett nyttjats ord och siffror som ingick i *Ramlösabolagets* varumärke, utan jämväl däri, att etiketten till såväl färg som utförande företett likhet med *Ramlösabolagets* etiketter.[601]

Avgörandet kommenterades utförligt av *Eberstein*.[602] Enligt honom skulle RRn, i motsats till HovRn ha gjort en riktig bedömning genom att jämföra den påstådda intrångsgörande företagets *etikett* med *Ramlösas* varumärke.[603] HovRn jämförde dock *helhetsintrycket* hos de båda eti-

---

[598] Se härom Nordell i NIR 1998 s. 208 ff.

[599] I propositionen till 1996 års MFL poängterades, i anslutning till bestämmelsen om förbud mot vilseledande efterbildning, den grundläggande principen att det skall vara tillåtet att efterbilda produkter eller kännetecken som inte är skyddade av immaterialrätt, men att en sådan åtgärd trots det kan vara en otillbörlig efterbildning (prop. 1994/95:123 s. 57).

[600] Jfr t.ex. det klassiska s.k. *Blomin*-avgörandet (MD 1974:5), där den aktuella flaskan då knappast uppfattades som ett inarbetat kännetecken; jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 127.

[601] HovRn över Skåne och Blekinge dom den 19 november 1937 (SvJT 1940 ref. 5) (Ramlösa).

[602] Eberstein i Festskrift tillägnad Nils Stjernberg s. 72 ff.

[603] Op. cit. s. 75.

ketterna, varvid även färgen ansågs ha betydelse. Av intresse är att avgörandet är från tiden innan varumärkesskydd kunde erhållas genom inarbetning. Det föll sig därmed naturligt att göra en med RRn liknande bedömning, eftersom ett varumärkesintrång kunde ske endast i vad som kunde åtnjuta skydd enligt lagen. I målet var emellertid fråga även om illojal konkurrens.

Ramlösa-avgörandet torde i dag helt sakna aktualitet. Det gäller av två skäl. För det första och kanske främst, torde motsvarande situation i dag säkerligen med framgång ha kunnat föras i MD enligt de marknadsrättsliga bestämmelserna om vilseledande kännetecknensanvändning och efterbildning i 6 och 8 §§ MFL, alternativt i kombination med renommésnyltning enligt 4 § MFL (se härom nedan avd. 6.2 och 6.4). För det andra skall ju förväxlingsbedömningen i dag på ett tydligare sätt företas som en helhetsbedömning inklusive association (jfr ovan avd. 4.4.6), vilket skulle tala för att *Ebersteins* kritik av HovRns skäl i dag borde kunna anses som obefogad.

Som regel kan en rättighetshavare till ett eljest förväxlingsbart kännetecken lämna medgivande till registrering. Medgivande att registrera ett identiskt eller praktiskt taget identiskt varumärke för samma eller mycket likartade produkter kan dock inte godtas, eftersom risken för förväxling mellan företagen eller varorna ifråga blir överhängande. Det kunde enligt VFUs uppfattning knappast godtas från allmän synpunkt att flera självständiga registreringar avseende samma märke och samma varuslag samtidigt bestod för skilda näringsidkare. Det krävdes därför för registrering vid förväxlingsbarhet, att det, förutom medgivandet, inte fanns fara för att allmänheten skulle vilseledas genom registreringen.[604] Vid sin granskning av förslaget till 1960 års VmL fann lagrådet med hänsyn till uppkommande tolkningssvårigheter anledning att understryka att det, trots medgivande, kunde finnas risk för sådan förväxling att allmänheten kunde vilseledas.[605] Att acceptera ett medgivande har också i praxis ansetts medföra risk för att kännetecknet kommer att

[604] SOU 1958:10 s. 279 ff. och 289 f.
[605] Prop. 1960:167 s. 252.

vilseleda allmänheten om kännetecknets *kommersiella ursprung*. Belysande är RÅ 1984 2:64 (Apple). Trots att medgivande till registrering av ett eljest såsom förväxlingsbart ansett märke lämnats av innehavaren av det mothållna varumärket, ansågs hinder mot registrering ändå föreligga i det att märket *uppenbarligen* var ägnat att vilseleda allmänheten.

> RegRn anförde att bolagets varumärke, som bestod av ordet *Apple*, och det mothållna varumärket av ordet *Apple* (jämte figur som visade den tecknade konturen av ett äpple), var i allt väsentligt identiskt lika och klart förväxlingsbara. Mellan de varuslag som ansökan avsåg och de varuslag, för vilka det mothållna märket gällde, rådde vidare, trots en vidtagen ändring, klar varuslagslikhet. På grund härav fick det anses att märket uppenbarligen var ägnat att vilseleda allmänheten. Trots medgivandet förelåg därför hinder mot registrering.

Av liknande slag är PBR 407/93 (König-Pilsener). Där avslogs ansökan om registrering av märket *König-Pilsener* för öl.

> Trots att ett medgivande från innehavaren av två andra varumärken inlämnades, vilka också innehöll ordet *König* och avsåg öl, fäste sig PRV vid att märkena i princip var identiska och att varuslagslikhet förelåg. Enligt PRV kunde konsumenter därför vilseledas om varornas kommersiella ursprung. PBR framhöll att märkets andra led, *Pilsener* (dvs. öl), var deskriptivt. Det särskiljande kännetecknet var *König*. Enligt PBR var märket därför vilseledande om varornas kommersiella ursprung.

Apple-avgörandet och även det strax ovan av PBR avkunnade *König Pilsner*-avgörandet bör jämföras med ett senare liknande avgörande av RegRn,[606] vilket gällde registrering av varumärket *Apollo*, där en varumärkeshavare med ett identiskt varumärke lämnat medgivande. Med hänsyn till risken för vilseledande hade ansökan trots det avslagits av såväl PRV som PBR.

> Enligt RegRn var märkena visserligen identiskt lika och förväxlingsbara. Mellan de varuslag som bolagets ansökan avsåg och de varuslag, för vilka

[606] RÅ 1988 ref. 107 (Apollo).

det mothållna märket gällde, rådde vidare en viss varuslagslikhet. Denna likhet var emellertid inte sådan att det kunde anses att bolagets märke uppenbarligen var ägnat att vilseleda allmänheten. På grund härav och eftersom hinder enligt 14 § första stycket VmL i övrigt inte förelåg, skulle ansökan om registrering bifallas.

När det gäller förbud mot medgivande för registrering av varumärken, som eljest är att uppfatta såsom förväxlingsbara, har distinktionen mellan vilseledande och förväxlingsbara varumärken således suddats ut.

4.6 Förargelseväckande kännetecken m.m.

För märken, som utan att falla under 14 § första stycket 1 eller 2 VmL, strider mot lag eller författning eller mot allmän ordning eller som är ägnade att väcka *förargelse* råder också registreringshinder (14 § första stycket 3 VmL). Enligt art. 6^{quinquies} B 3 PK skall ett varumärke som strider mot moral eller allmän ordning, kunna vägras registrering eller hävas om registrering skett. Detta gäller i synnerhet om märket till sin natur är vilseledande eller framstår som bedrägligt för allmänheten.

När det gäller hindret mot registrering av varumärken som strider mot lag, måste bestämmelsen anses relativt innehållslös. Den kan inte sägas ha samma direkta bäring som den s.k. lagstridighetsprincipen inom marknadsföringsrätten enligt 4 § första stycket MFL.[607] Endast undantagsvis finns ju uttryckliga begränsningar i rätten att registrera ett kännetecken, men som sedan inte får användas enligt annan lag, t.ex. på grund av att det strider mot förbudet mot vilseledande om kommersiellt ursprung enligt 6 § MFL,[608] eller varumärken för alkohol- eller tobaksvaror, vilka sedan inte får användas i skilda sammanhang enligt alkohol- och tobakslagarna.[609] Som en följd av att registreringshindren i

[607] Se härom Bernitz, Marknadsföringslagen s. 39 ff., Svensson m.fl., Praktisk marknadsrätt s. 93.
[608] Jfr t.ex. NJA 1982 s. 307 (Mäklarbanken II) med MD 1987:6 (Svensken) och härom nedan s. 449.
[609] Jfr Oversikt s. 92.

14 § VmL i princip utgör även en avgränsning av ensamrättens omfattning, stadgas i 25 § andra stycket 3 och 4 VmL att ett kännetecken får *hävas* om det strider mot lag eller allmän ordning eller är ägnat att väcka förargelse. Ett kännetecken kan ju framstå som förargelseväckande enbart på grund av sin användning, t.ex. vid användning för vissa varuslag, men väl inte för andra.

Det ligger naturligtvis nära tillhands att förmoda att registreringshindret för kännetecken som strider mot allmän ordning eller som väcker förargelse, är av samma karaktär av *immaterialrättsfossil* som har kunnat konstateras om vissa skyddsobjekt på andra håll inom immaterialrätten.[610] I motiven till 1884 års varumärkeslag uttalade kommittén att det var naturligt att märken innehållande figurer eller andra framställningar av sådan beskaffenhet att de sårade den religiösa eller sedliga känslan eller på annat sätt kunde väcka offentlig förargelse, inte borde få registreras.[611] I anslutning härtill uttalade *Heiding* att så kunde vara förhållandet även om varumärkets användning inte skulle vara straffbar såsom religions- eller sedlighetsbrott. Ett varumärke kunde vara förargelseväckande även genom att anspela på politiska händelser,[612] genom att förhåna statsformen eller förhärliga en bekant brottsling.[613]

Även om VFU i sina mycket kortfattade motiv till bestämmelsen konstaterade att kategorin förargelseväckande märken skulle komma att få mindre betydelse enligt 1960 års VmL,[614] är det värt att uppmärksamma att *fossilen* lever. Av den anledningen har i praxis registrering vägrats både av ett varumärke innehållande ordet *Jesus* för bland annat jeans[615] och av varumärket *Opium* för bland annat parfym.[616] *Opium* har

---

[610] Jfr angående upphovsrätten om det s.k. klassikerskyddet, där senast Musikaliska akademien hade anledning att överväga en uppsättning på Folkoperan. På patenträttens område har motsvarande stadgande belysts av Karnell i NIR 1990 s. 179.

[611] 1882 års motiv s. 31.

[612] Heiding hänvisade här till registreringsavgörandet RÅ 1916 Ju 19 (Tre-Konunga-Mötet i Malmö 1914).

[613] Heiding s. 199.

[614] SOU 1958:10 s. 284.

[615] RÅ 1976 ref. 174 (Jesus).

[616] RÅ 1978 2:9 (Opium).

emellertid sedermera kunnat registreras efter visad inarbetning för parfym.[617]

Här är det intressant hur detta stadgande ger ett skydd för *mening* från ett så att säga *motsatt håll*. Avsikten med stadgandet är att kännetecken inte skall väcka *associationer* med en *mening* som inte är eftersträvansvärd, utan som tvärt om på mer eller mindre oklara grunder ringaktas av lagstiftaren eller samhället, d.v.s. att syftet hos det om registrering ansökande företaget är att vilja dra nytta av något som hos den förmodade omsättningskretsen har en positivt laddad *mening*, men som för lagstiftaren (fortfarande) har en illegal eller eljest omoralisk eller destruktiv innebörd.

Bestämmelsen är av rent principiella skäl intressant inte bara utifrån sina bevekelsegrunder, utan även för denna undersökning. Bevekelsegrunderna är på ett tydligt sätt kopplade till såväl *referens* som *mening*. När det gäller *referens* har här skapats ett så att säga moraliskt *frihållningsbehov.* Ingen skall få ensamrätt till ord som är moraliskt sett *högre stående* – i vart fall inte för mer triviala varuslag (t.ex. *Jesus* för jeans, jfr strax ovan). Det skulle i så fall leda till att dessa ord i kommersiella sammanhang fick icke önskade *referenser* eller *denotationer*, men också till att den generellt omfattade *meningen* hos sådana – i samhället respekterade – värden förringades genom att brukas för kommersiella eller profana ändamål. Å andra sidan finns kännetecken vars initiala *mening* genom kommersiell användning som kännetecken, skulle kunna väcka anstöt hos den allmänhet som antas skall få röra sig fritt och oberörd på en marknadsplats. I de ovan berörda avgörandena är det således en *primärmening*, vilken ansetts kunna skapa från samhällssynpunkt oönskade *referenser* till olagliga, omoraliska eller eljest anstötliga beteenden eller förhållningssätt.

Avslutningsvis bör väl påpekas att det allvarligt kan ifrågasättas i vilken utsträckning registreringsmyndigheter och domstolar skall ges möjlighet att göra sådana överväganden av moraliskt slag. Det synes också

[617] Registreringsnr 0264595 (Opium).

som om i vart fall registreringsmyndigheterna hyser viss ovilja att tillämpa bestämmelsen.

4.7 Urvattning och degeneration

Att få omsättningskretsen till att uppfatta och ta till sig ett visst kännetecknens *mening* är som ovan (avd. 1.1–2) förklarats, oftast förenat med avsevärda ansträngningar i *varumärkesbyggande* och marknadsföringskostnader. Den som gör sådana investeringar, kan på sikt räkna med att nå fram till målet – ett kännetecken som är näst intill omöjligt att skada (jfr dock ovan s. 98 f. om den eventuella möjligheten att åtkomma s.k. *uppfattningsmonopol*, *de facto-monopol* eller *kvasimonopol* med hjälp av konkurrensrätten). Emellertid finns det alltid risker på vägen. En sådan risk är att konkurrenter eller förbrukare så att säga tar tag i märket och börjar använda det som en generisk beteckning eller som ett eget värde- eller kvalitetsuttryck. Ett klassiskt exempel är *Enhetsprisaktiebolaget* (*EPA*). *EPA* hade inte förmåga att kommunicera sin marknadsföringsidé på ett sådant sätt att kännetecknet och dess *mening* fick avsett genomslag hos omsättningskretsen. I stället tog konsumenterna över definitionen av kännetecknets *mening* och utvecklade den till en allmän beteckning för billiga varor, vilka tillhandahölls med relativt dålig service.[618] Varumärket lever därför vidare än i dag som ett allmänt uttryck för dålig kvalitet, främst i ordet *EPA-traktor* som en generisk benämning för en s.k. A-traktor,[619] trots att kännetecknet inte varit i bruk under närmare trettio år.

Inom kännetecknsrätten talas om *degeneration* och *urvattning*,[620] något som vanligen drabbar endast ordkännetecken.[621] Ett ordkännetecken som från början kan ha varit ett rent fantasiord, d.v.s. utan *primärreferens*, kan som bekant komma att uppgå i det allmänna språket.

[618] Angående degenererade bokstavskombinationer, se vidare Holmqvist i NIR 1996 s. 48 ff.
[619] Jfr dock Grundén i NIR 1995 s. 229.
[620] Se Degeneration of Trade Marks.
[621] Jfr Koktvedgaard i TfR 1987 s. 321.

Kännetecknet förlorar således sin särskiljningsförmåga och övergår till att bli en allmän varubenämning – en *generisk beteckning* – d.v.s. ett appellativ,[622] varvid registreringen för det degenererade varumärket kan hävas.[623] Men eftersom registreringen består till dess den hävs, blir det fråga närmast om en fallande skala av distinktivitet – över urvattning – mot degeneration.[624]

Medan degeneration avser att kännetecknet *helt* förlorar särskiljningsförmåga, avses med *urvattning* att särskiljningsförmågan försvagas. Det kan ske t.ex. genom att omsättningskretsen förknippar kännetecknet också med en konkurrent, med varor av visst slag eller en viss kvalitet, utan att det därigenom förlorar sin kännetecknenskaraktär. Det får i det fallet nya – icke avsedda – *meningar* och mer eller mindre dubbla *referens*er. Ju fler kommersiella ursprung som kännetecknet kommer att förknippas med och ju starkare förbindelsen med dem blir, desto svagare blir naturligtvis kännetecknets särskiljningsförmåga i förhållande till det ursprungliga kommersiella ursprunget. Medan degeneration således kan förklaras som *referensbortfall*, är urvattning närmast ett bortfall, förändring eller förskjutning av *mening*.

För att belysa vägen från generation till degeneration kan kännetecknet *Vespa* vara ett bra exempel. *Vespa* är det latinska namnet för *geting*. Det har därmed från början haft *primärreferens* och *-mening*. Som ord betraktat, har det ursprungligen, direkt eller indirekt, *refererat* till alla existerande *getingar*. Genom att registreras som varumärke för en viss typ av motorcyklar, förvärvade det en *kännetecknsreferens* till alla motorcyklar av visst slag och med ett visst kommersiellt ursprung. Genom inarbetning, fick ordet *geting/vespa* en *sekundärmening* (*secondary meaning*). När så ordet i dess egenskap av kännetecken kom att successivt omfatta alla motorcyklar av ett visst slag, oavsett kommersiellt ursprung, hade det kommit att urvattnas, och kanske ytterst degenerera,

---

[622] Degeneration of Trade Marks; jfr Uggla i NIR 1955 s. 26 f. och Varumärkens särskiljningsförmåga s. 34.

[623] Degeneration of Trade Marks s. 168 f. och 184 ff.; Koktvedgaard/Levin s. 394; jfr Oversikt s. 86 ff.

[624] Jfr Oversikt s. 86.

till att i dag avse just ett visst slag av motorcykel – en *skoter*. Genom degenerationen förlorar kännetecknet således sin *sekundärreferens* och förvärvar så att säga en *tertiärreferens* såsom generisk beteckning.[625] Vid urvattning behåller kännetecknet emellertid sin sekundära *referens*, men får ändrad *mening* genom att särskiljningsförmågan försvagas, eftersom kännetecknet, efter urvattningen, av omsättningskretsen uppfattas på ett annat – försvagat – sätt än före urvattningen.

Det är tydligt att degenerationsrisken är mer påtaglig inom vissa branscher eller för vissa varuslag än andra. Ett område där risken har ansetts vara särskilt stor är kemisk-tekniska och farmaceutiska varors.[626] Också inom livsmedels-, textil- och byggnadsbranschen förekommer ofta degeneration.[627] Enligt *Uggla* tycktes det vara så att ju bredare den kundkrets var, till vilken varan vände sig, desto större var faran för degeneration. Emellertid fanns det sannolikt inte någon bransch där inte enstaka fall av varumärkesdegeneration kunde uppkomma. Enligt *Uggla*, kunde vidare även kännetecknets egen beskaffenhet spela en betydande roll.[628] Om varumärket var på gränsen till det deskriptiva, d.v.s. suggestivt (jfr ovan avd. 4.3.3.2), kunde däri ligga ett degenerationsfrö. Detta var också fallet om märket var konstruerat så att det kunde uppfattas som en teknisk term.[629] *Uggla* konstaterade också att varumärken för nya varuslag som tilldrog sig allmän uppmärksamhet och som omskrevs i pressen, lätt kunde degenerera. Om varan således saknade ett generiskt namn, var sannolikheten stor för att det varumärke, under vilket varan lanserades inom marknaden, degenererade.[630]

Sett i historiskt ljus är det uppenbart att degenerationsrisken är stor i fråga om kännetecken som använts för ursprungligen patentskyddade

[625] Jfr Nordell i Identitet s. 103.
[626] Se Degeneration of Trade Marks s. 365 ff.
[627] Se Uggla i NIR 1955 s. 29 och Degeneration of Trade Marks s. 305 ff. och 369 ff.
[628] Uggla i NIR 1955 s. 29. (Ett adekvat exempel härpå från modernare tid kan vara *Bankomat*. Se vidare även Degeneration of Trade Marks s. 310 ff.
[629] Uggla i NIR 1955 s. 29.
[630] Op. cit. s. 29 f.

uppfinningar.[631] Exempel härpå kan vara *termos*,[632] *dynamit*[633] och *grammofon*.[634] Den lätt förklarliga anledningen härtill är att under den tid som patentet är ikraft, har varumärkeshavaren ensamrätt till varor av det slaget, varför omsättningskretsen inte har möjlighet att komma i kontakt med andra varor av samma slag, vilka säljs under andra kännetecken.[635] Detta ger uttryck åt den i engelsk och amerikansk praxis utvecklade s.k. *Singerdoktrinen*,[636] enligt vilken rätten till ett varumärke kan hävas när patentet löper ut. Således skapar omsättningskretsen genom inarbetningen inte en *mening* grundad i uppfattningen om egenskaper hos kännetecknet, utan i stället en *mening* hos själva varuslaget och den *referens* som bildas kommer att bli *referensen* till en viss typ av föremål. En annan iakttagelse är att det i fråga om nya *material*, med nya och revolutionerande egenskaper finns en särskild risk för degeneration. Tydliga exempel härpå är *Nylon*,[637] *Masonite* och *Kevlar*. Det är därför viktigt för företagen att lansera ett ord för själva varuslaget i samband med kännetecknet för varan. Detta är i dag ofta en väsentlig komponent i en modern varumärkesstrategi.[638]

Det är också uppenbart att kännetecken som har en igenkännandekvalitet, lätt frestar till illojalt utnyttjande. Det innebär en allvarlig skaderisk för märkeshavaren. Skadan uppstår bland annat genom att en okontrollerad användning av märket också för artfrämmande varor kan föra till att det sker en sådan urvattning av märkets igenkänningsgrad, att det till sist måste uppges. Om man t.ex. använder det världsberömda bilmärket *Rolls-Royce* för barnvagnar och cigarrettändare, är det visserligen ingen som helst fara för varu- eller verksamhetsförväxling, men

631 Jfr Uggla i NIR 1955 s. 30 och Oversikt s. 83.
632 American Thermos Products Company v. Alladin Industries, Inc.; 207 F Supp. (D. Conn 1962) (Thermos).
633 Se NJA 1887 A 288 (Dynamite); jfr Degeneration of Trade Marks s. 193 f.
634 RÅ 1921 H. 70 (Grammofon); U 1923 s. 315 (H) (Grammofon); GRUR Int. 1923 s. 233 (Grammophonne).
635 Jfr Uggla i NIR 1955 s. 30 och Oversikt s. 85.
636 Singer Mfg. Co. v. Wilson (1875), 2 Ch. D. 434; 3 App. Cas. 376 (Singer) och Singer Mfg. Co. v. June Mfg. Co. (1896), 163 U.S. 169 (Singer). Se härom Degeneration of Trade Marks s. 264 ff.
637 U 1942 s. 914 (S) (Nylon); Se Degeneration of Trade Marks s. 185; jfr Uggla i NIR 1955 s. 29.
638 Se Märkesorientering och Degeneration of Trade Marks s. 372 ff.

den breda användningen kan slå tillbaka på det ursprungliga kännetecknet. Det förlorar då sin prägel av exklusivitet, elegans och optimal kvalitet.[639]

Såväl degeneration som urvattning kan, såsom redan antytts (jfr ovan s. 196 ff. om ”omedveten” inarbetning), åstadkommas inte bara av kännetecknshavaren själv, utan även av konkurrenter och omsättningskretsen, liksom även av den breda allmänheten.[640] I princip är det endast när degenerationen åstadkommits av en konkurrent som det kan bli fråga om kännetecknsintrång eller otillbörlig marknadsföring. Ansvaret för att motverka egen degeneration av kännetecknet, liksom degeneration som åstadkoms av omsättningskretsen, åvilar således exklusivt kännetecknshavaren. Egendegeneration inträder oftast, som ovan anges, när kännetecknshavaren inte har lanserat en generisk beteckning för varuslaget i anslutning till kännetecknet, något som ofta kan vara svårt, eftersom det visat sig att t.o.m. firmadominanten i många fall degenererat eller urvattnats.

Urvattningsrisken ökar också för kännetecknshavaren vid alltför långtgående och vidlyftiga medgivanden. Det följer ju sig naturligt att ju fler konkurrerande kännetecken som figurerar inom marknaden, desto större blir risken för förvirring och osäkerhet om identitet och kommersiella ursprung.[641] Ytterligare en fälla kan vara licensiering. Om gränserna för licenstagarens kännetecknsanvändning vid kännetecknslicensiering inte tydligt preciseras i avtalet, ökar ju risken för att licenstagaren använder kännetecknet på sätt som kan vara till förfång för dess särskiljningsförmåga.

> I licensavtal, särskilt av kvalitetsvaror, är det därför av väsentlig betydelse för kännetecknshavaren att han förser avtalet med klausuler, inte bara om förutsättningarna för kännetecknsanvändning, utan även om minimikvalitet och kvalitetskontroll. Kontrollen blir då inte bara ett sätt för kännetecknshavaren att skydda *goodwill*, utan också att skydda sig mot angrepp på

[639] Koktvedgaard/Levin s. 372; jfr Koktvedgaard/Wallberg s. 18.
[640] Se Uggla i NIR 1955 s. 31.
[641] Jfr Oversikt s. 85 f.

varumärket på grund av vilseledande om egenskap.[642] Sådana klausuler blir särskilt viktiga när licensgivarens och licenstagarens varor säljs parallellt på samma marknad under samma varumärke.[643] En väg att förhindra urvattning eller degeneration i detta fall kan vara att konsekvent använda kännetecknet i anslutning till annat kännetecken.

Risken för degeneration, eller i vart fall urvattning, ökar också när kännetecknet licensieras till ett större antal licenstagare för andra slags varor.[644] Härigenom uppkommer risk för att omsättningskretsen får svårigheter att sammankoppla kännetecknet med varor med ett visst kommersiellt ursprung och med enhetlig kvalitet. I sådana licenssituationer är det därför viktigt att kännetecknenshavaren förbehåller sig rätten att styra licenstagarens marknadsbeteenden och att bestämma och granska kvaliteten på de licensierade varorna. Det gemensamma intresset för båda parter vid varumärkeslicensiering är ju som regel att nyttiggöra den *mening* av skilda slag som finns i ett visst kännetecken. Om den går förlorad genom licensieringen, leder det ofelbart till urvattning. Om omsättningskretsen till slut inte uppfattar att ett kännetecken står för varor av visst slag eller med vissa egenarter, har det slutligen degenererat och därmed således förlorat även sin kännetecknsrättsliga *referens*. Den yttersta, och kanske mer teoretiska, effekt som uppstår härav blir att kännetecknet inte ens kommer att uppfattas som en generisk beteckning, utan som ett tomt ord – tomt på både *mening* och *referens*.

När det gäller konkurrenter, finns en degenerationsrisk vid annans åberopanden av skilda slag av kännetecken. Urvattning kan också uppstå genom t.ex. misskreditering eller renommésnyltning (jfr vidare nedan avd. 6.6–7). I de fallen är det ju kännetecknets *mening* som försvagas. Vid misskreditering blir effekten att kännetecknets *mening* ändras, d.v.s. att kännetecknets egenvärde eller kännetecknskraft försvagas till förmån för ett annat företag. Vid renommésnyltning sker det i stället en *meningsöverföring* från det snyltade till det snyltande kännetecknet.

[642] Se Varumärken från konsumentsynpunkt s. 357 ff. och s. 393 ff. Där behandlas riskerna samt konsekvenserna av att konsumenten vilseleds beroende på att varornas kvalitet inte är överensstämmande.

[643] Se op. cit. s. 141 vad gäller sistnämnda förhållande.

[644] Jfr Uggla i NIR 1955 s. 30.

Vid *jämförande reklam* (se vidare nedan s. 466 ff.) kan det finnas en urvattningsrisk, i vart fall om ett visst kännetecken kommer att bli ett generellt *jämförelseobjekt*. I så fall kan det jämförda kännetecknet lätt komma att uppfattas som en beteckning för varuslaget som ställs i jämförelse med den åberopande näringsidkarens kännetecken. Också på andra sätt kan konkurrenter bidra till urvattning av ett kännetecken. Man kan t.ex. tänka sig att ett företag marknadsför *masonitskivor av märket X*. Det kan också röra sig om återförsäljare som uraktlåter att ta hänsyn till en viss leverantörs anvisningar om hur kännetecknet skall presenteras grafiskt eller fonetiskt, något som kan vara av betydelse för vissa mer känsliga kännetecken, t.ex. suggestiva sådana. Risken här är närmast att kännetecknet kommer att uppfattas som en generisk beteckning, d.v.s. att det förlorar en ursprungligen relativt svag *referens*, som, genom återförsäljarens handlande, eljest hade kunnat stärkas genom att han hade kunnat förmedla en viss önskad *mening* i kännetecknet.

Uppenbart och relativt självklart är att vissa varumärken degenererar i somliga länder, men inte i andra. I England är t.ex. en *Hoover* liktydig med en dammsugare och i Frankrike kan man tala om en billig kulspetspenna som en *BiC* oavsett dess kommersiella härkomst.[645]

När det gäller firmor är väl det normala att firmadominanten kommer att uppfattas som entydig med producerade varor, såsom t.ex. *Masonite* eller *masonit*, men man kan också tänka sig att en firma kommer att uppfattas som ett geografiskt namn. Något speciellt är det avgörande av HD,[646] där fråga var om namnet *Arlanda* var att uppfatta som namnet på en geografisk plats eller som namnet på en verksamhet. Kungl. Maj:t hade år 1958 i ett beslut förordnat att flygplatsen skulle heta *Stockholm-Arlanda*. När flygplatsen kom i bruk låg det naturligtvis nära till hands att använda ordet *Arlanda* i firmor för näringsverksamhet som anslöt till flygplatsen. En sådan vara *Arlanda Långtidsparkering AB*. *Luftfartsverket* hävdade emellertid ensamrätt till ordet *Arlanda*. HD fann i fråga om hävning av firman *Arlanda Långtidsparkering AB* att även om *Arlanda*

[645] Jfr Bertrand i RDPI 44/1992 s. 11.
[646] NJA 1988 s. 209 (Arlanda).

i ökad utsträckning kommit att användas som en geografisk beteckning, hade utvecklingen inte nått dithän att den ensamrätt till *Arlanda* som uppkommit för *Luftfartsverket* gått förlorad.

Namn torde emellertid inte kunna degenerera i egentlig bemärkelse. Förvisso leder ett särpräglat namns utveckling ofta till att det kommer att bäras av en allt större grupp av människor, varför det till slut inte kan mothållas som registreringshinder. Här blir det i vart fall för gällande svensk rätts del närmast fråga om en balansgång mellan namnhinder och generisk beteckning. En fråga av besläktat slag rör geografiska ursprungsbeteckningar. Sådana kan ju tappa, försvaga eller förlora sin särprägel,[647] d.v.s. att ett namn på en produkt, som visserligen har samband med den ort eller den region där produkten från början framställdes eller marknadsfördes, har kommit att bli den allmänna benämningen på produkten eller livsmedlet i fråga. Enligt VFU utvecklades åtskilliga geografiska beteckningar till generiska benämningar, vilka enligt handelsbruk endast tjänade till att utmärka varans art. Var blott fråga om sådana beteckningar, blev märket givetvis inte att anse som vilseledande.[648] I art. 3.1 i förordningen om skydd för geografiska och ursprungsbeteckningar för jordbruksprodukter och livsmedel finns därför ett förbud mot registrering av sådana geografiska ursprungsbeteckningar. När det skall avgöras om ett namn har blivit generiskt, skall hänsyn tas till samtliga faktorer. Ett exempel på en geografisk ursprungsbeteckning som har degenererat, kan vara *Vichy* som vägrats registrering som varumärke, inte på grund av att det uppfattades som en geografisk ursprungsbeteckning, utan eftersom det ansågs vara en generisk beteckning för bordsvatten.[649] I EG-domstolens s.k. *Feta*-avgörande[650] var fråga om bestämmelsen om degenererade ursprungsbeteckningar enligt art. 3.1 i förordningen kunde vara tillämplig på beteckningar som alltid varit att uppfatta som generiska. Ordet *feta* är en beteckning utan direkt geografisk *denotation*, eftersom det inte finns något geografiskt område med detta namn.

[647] Jfr Nitter i Ånd og rett s. 763 f.
[648] SOU 1958:10 s. 282.
[649] PBR mål 96-611 (Vichy). Det är ju ur källan i Vichy som vattnet kommer naturligt kolsyrat.
[650] De förenade målen C-289/96, C-293/96 och C-299/96 (Feta).

Emellertid har ordet kommit att uppfattas som en speciell typ av ost från Grekland, varför Grekland ansökte om registrering av beteckningen i enlighet med förordningen. EG-kommissionen beviljade också ansökan, men flera medlemsländer väckte talan hos EG-domstolen om att registreringen skulle hävas med hänvisning till att *feta* var att uppfatta som en generisk beteckning.

> Domstolen konstaterade att *uttrycket namn som har blivit generiska* i art. 3.3 skulle vara tillämpligt även på namn som alltid hade varit generiska. Domstolen konstaterade vidare att Kommissionen vid registreringen av beteckningen *Feta* inte hade tagit hänsyn till omständigheten att beteckningen sedan länge även använts i vissa andra medlemsstater än Grekland. Domstolen ansåg därför att Kommissionen inte hade beaktat samtliga faktorer som den enligt förordningens art. 3.1 var skyldig att göra vid avgörande av om ett namn var generiskt eller inte. Domstolen kom därför till slutsatsen att registreringen av namnet *Feta* som geografisk ursprungsbeteckning skulle ogiltigförklaras.

4.7.1 Regeneration

Som regel är det synnerligen svårt och förenat med väsentliga investeringar att *regenerera* ett kännetecken – att så att säga ge det liv på nytt.[651] Försök att regenerera kännetecken som är i bruk tenderar därför att misslyckas. Det krävs i princip att kännetecknenshavaren måste inarbeta en ny generisk beteckning för den vara vars kännetecken degenererat, något som regelmässigt är förenat med förlust av en betydande marknadsandel[652] och samtidigt med omfattande (re)investeringskostnader, eftersom den inte endast kan riktas mot en omsättningskrets, utan måste riktas mot alla. Det gäller med andra ord att skapa ett nytt appellativ för ordet för att kunna återvinna sitt kännetecken. ”Den förvärvade appellativistiska betydelsen försvinner och egennamnskaraktären träder på nytt i dagen.”[653] Det som krävs är ju inte bara att nå ut till omsätt-

[651] Jfr Oversikt s. 88 f.
[652] Oversikt s. 89.
[653] Holmqvist i NIR 1975 s. 267; jfr Degeneration of Trade Marks s. 240.

ningskretsen, utan till hela allmänheten med budskapet att en generisk beteckning skall utgöra ett kännetecken och således skilja varor av visst kommersiellt ursprung från samma slags varor av annat ursprung. Man kan om inte annat också tänka sig att en sådan verksamhet ivrigt skulle motarbetas av konkurrenter.[654]

Undantagsvis kan emellertid tänkas att ett kännetecken kan regenerera. Det närmast till hands liggande scenariot är att det slags varor, för vilket kännetecknet har blivit en generisk beteckning, blir omoderna eller eljest mindre vanligt förekommande inom marknaden. Därefter kan man tänka sig att den forne kännetecknenshavaren försöker registrera kännetecknet för en liknande, eller kanske hellre, delvis ny typ av produkt.[655] Ett degenererat kännetecken har dock då och då kunnat regenereras när det inte har använts under många år. Exempel på kännetecken som lyckats med regeneration även på andra premisser är såväl *Singer*[656] som *Dunlop*.[657] Från svensk praxis kan nämnas besvärsavdelningens beslut 102/69 (Carborundum II), där det efter en marknadsundersökning visats att 50 procent av omsättningskretsen uppfattade kännetecknet som ett kännetecken, medan den andra hälften uppfattade det som en generisk beteckning. Eftersom kännetecknet redan var registrerat,[658] skulle det medges registrering för ett ökat antal varor, något som det på grund av att det tidigare ansetts som en generisk beteckning vägrats registrering för.[659] Från norsk praxis kan nämnas *Yale* för lås, vilka under lång tid uppfattades som generisk beteckning för låssystem (*yalelås* eller *jellås*). Sedan nya och större marknadsaktörer kommit in på marknaden, återkom *Yale* långsamt som kännetecken för lås med eget och unikt kommersiellt ursprung.[660] Av allt att döma har även *Jeep*[661]

[654] Se allmänt om regeneration, Degeneration of Trade Marks s. 232 ff.
[655] Se Uggla i NIR 1955 s. 38.
[656] Singer Mfg. Co. v. Briley, 99 USPQ 303 (1953) (Singer).
[657] *Dunlop* ansågs degenererat i NJA 1916 B 493 (Dunlop).
[658] RÅ 1936 not. H. 12 (Carborundum I).
[659] Besvärsavd. mål 102/69 (Carborundum II). Se härom Synnerstad s. 35.
[660] Se Oversikt s. 89.
[661] *Jeep* vägrades registrering genom RÅ 1947 not. H. 51 (Jeep); jfr härtill Besvärsavd. mål 107/67 (Jeep). (*DaimlerChrysler* innehar i dag inte mindre än tre registrerade svenska varumärken

kunnat regenereras. När det gäller *Jeep* förefaller det vara så att i vart fall omsättningskretsen kan skilja på ”*jeepar*” av märket *Jeep* och andra ”*jeepar*”, d.v.s. terränggående personbilar. På samma sätt torde omsättningskretsen skilja mellan olika typer av fotostatkopieringsmaskiner även om uttrycket ”*Xerox-kopia*” fortfarande förekommer. Tydligen kan således ett ord undantagsvis uppfattas som både kännetecken och generisk beteckning. Om ordet dessutom har ursprunglig särskiljningsförmåga, såsom *vespa*, kan det således få tre från varandra skilda *referens*er och *mening*ar. Det *refererar* till alla *getingar*, till alla skotrar och alla *skotrar* av märket *Vespa*. Detta kan både för *Jeep* och för *Vespa* ha sin lyckliga förklaring i att det under senare tid kommit så många och så olika fortskaffningsmedel för skilda ändamål, med skilda egenskaper och för skilda kundkategorier på en marknad med till synes ökad konkurrens, för vilka just varukännetecknet blivit det viktigaste särskiljningsmedlet.

4.7.2 Federal Trademark Dilution Act

Den klassiska urvattningsläran har amerikanskt ursprung och brukar tillskrivas *Schechter*.[662] Enligt honom skulle urvattningsskyddet förhindra ”the gradual whittling away or dispersion of the identity and hold upon the public mind of the mark or name by its use upon non-competing goods.”[663] Urvattningsläran bortser helt från varuslagslikhetskriteriet.[664] Den lägger huvudsaklig vikt vid skyddet av märkets egenvärde och reklamfunktion m.m.[665] Ett explicit skydd mot urvattning har införts i Förenta staterna genom 1996 års *Anti Dilution Act*,[666] som förvisso bygger på principer som länge funnits inom ramen för *Lanham*

---

för *Jeep*: varumärke nr 0087438 i klass 25; varumärke nr 0255347 i klasserna 3, 5, 7, 8, 9, 11, 14, 18, 20, 21, 22, 24, 25, 26, 28, 34, 35, 37; samt varumärke nr 0312120 i klass 16).

[662] Se Varumärkeskonflikter s. 256 ff.

[663] Schechter i 40 Harvard Law Review 1927 s. 813 ff.; se dock härtill det tyska *Odol*-avgörandet från 1925 (LG Elberfeld, GRUR 1924 s. 204 / 25 MuW s. 246 (1925/26) (Odol)).

[664] Jfr Varumärkeskonflikter s. 382.

[665] Noveller s. 71 ff.

[666] Federal Trademark Dilution Act of 1995.

Act.[667] Den gör det möjligt att förbjuda annans användning i näringsverksamhet av väl kända varukännetecken och firmor eller utnyttjande av deras anseende, även om utnyttjandet inte medför förväxling. I lagen anges ett antal faktorer som tillsammans har betydelse för bedömningen av om kännetecknet skall anses väl känt: graden av inneboende eller förvärvad särskiljningsförmåga, tiden och omfattningen av användningen av kännetecknet för avsedda varor, tiden och omfattningen av marknadsföring, det geografiska område på vilket kännetecknet har marknadsförts, marknadsföringskanaler, graden av igenkänning (*recognition*) av kännetecken på det marknadsförda området samt arten och omfattningen av tredje mans användning av samma eller ett liknande kännetecken.

Efter att ha avgjort om ett kännetecken är väl känt, skall prövas om tredje mans användning av kännetecknet medför urvattning. I lagen definieras urvattning (*dilution*) som:

> ”the lessening of the capacity of a famous mark to identify and distinguish goods or services, regardless of the presence or absence of competition between the owner of the famous mark and other parties, or likelihood of confusion, mistake, or deception.”[668]

I förarbetena till lagen uttalades att dilusion ”is designed to encompass all of the forms of dilution recognised by the courts, including dilution by blurring, by tarnishment and disparagement, and by diminishment”.[669] *Blurring* har i äldre praxis ansetts omfatta ”wittling away of an established trademark’s selling power and value through its unauthorized use by others upon dissimilar products”[670] och ett kännetecken har ansetts *tarnished* när det är ”linked to products of shoddy quality, or is

---

[667] Se Mostert s. 449 ff.

[668] 15 U.S.C. § 1127.

[669] H.R. Rep. No. 374, 104th Cong., 1st Sess. (1995).

[670] Mead Data Cent., Inc. v. Toyota Motor Sales, U.S.A., 875 F.2d 1026, 1031, 10 U.S.P.Q. 2d 1961 (2nd Cir. 1989); jfr Panavision Int’l, L.P. v. Toeppen, 945 F. Supp. 1296, 1304, 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1908, 1914 (C.D. Cal. 1996) där domstolen uttalade att urvattning ”involves a whittling away of the selling power and value of a trademark by unauthorized use of the mark.”

portrayed in an unwholesome or unsavory context, with the result that the public will associate the lack of quality or lack of prestige in the defendant's goods with the plaintiff's unrelated goods."[671]

4.8 Något om domännamn

Under senare år har domännamn tilldragit sig en ökad uppmärksamhet som en känneteckensrättslig företeelse. Redan här bör väl konstateras att domännamn, i vart fall i dag, inte är en del av känneteckensrätten. Domännamn och rätten till sådana varken är eller tillskapar en immaterialrätt.[672] Att så är fallet kan ses ur två vitt skilda synvinklar. Den ena är den tekniska, där den principiella bakgrundstanken är att ett domännamn skall vara att anse endast som en adress, vars funktion är att dirigera en Internetanvändare till ett visst unikt fyndställe. Den andra finner sin grund i immaterialrättens fundament, där rätten till domännamn i dag inte är uttryckligt erkända som en sådan rätt. Emellertid har det visat sig att domännamn på flera sätt kan få känneteckensrättslig relevans. Nära till hands ligger också att anlägga ett marknadsrättsligt perspektiv, för det fall att en sökning via Internet på en viss firmadominant ger träffar hos konkurrenter.

Ett domännamn är en s.k. i.p.-adress, d.v.s. en adress till ett fyndställe av ett eller annat slag i det globala digitala nätverket *Internet* och kan ju därmed få känneteckensrättslig – närmast firmarättslig – funktion när domännamnet indikerar en firmadominant eller ett varukännetecken.[673] I kombination med någon av de mer frekventa toppdomänerna .se eller .com, kan tredje mans användning som huvuddomän, av annans kännetecken eller firmadominant få som följd att den som förutsättningslöst söker i Internet på sådana namn, kommer så att säga fel. Scenariot är att ett mindre känt eller mindre renommerat företag inom samma bransch

[671] Hormel Foods Corp. v. Jim Henson Prod., Inc., 73 F.3d 497, 506, 37 U.S.P.Q. 2d 1516 (2nd Cir. 1996).
[672] Se Pawlo i NIR 1999 s. 146; jfr Maunsbach i NIR 2002 s. 357.
[673] Jfr Rosén i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 145.

registrerar ett domännamn som är identiskt med ett annat känt företags varukännetecken eller firmadominant och således vid sökning ger träff hos det mindre kända företagets plats i Internet. Detta problem har för svensk del lett till de tidigare, synnerligen stränga kraven för registrering av domännamn. Den sökande måste enligt dem, t.ex. redan vid ansökningstillfället kunna uppvisa att han hade en registrerad rätt till namnet.[674] Utomlands har det däremot varit vanligt att ett prioritetssystem tillämpats, men att ett domännamn sedermera kunnat *hävas* om annan kunnat visa på bättre rätt, något som i många fall krävt domstolsutslag om användningen *de facto* gällt kännetecknsanvändning. När så är fallet framstår rätten till domännamn som en del av den materiella kännetecknsrätten.[675]

De tidigare restriktiva svenska reglerna för tilldelning av domännamn efter materiell förprövning, har emellertid under våren 2003 ersatts av väsentligt liberalare bestämmelser med en mer utpräglad s.k. *först-till-kvarn*-princip och ett invändningsförfarande av det slag som gäller för registrering av gemenskapsvarumärken och liksom vad som föreslagits av VK även för nationell registrering av varumärken.[676] Den som ansöker om registrering av ett domännamn ansvarar själv för att namnet inte utgör intrång i någon immateriell rättighet eller på annat sätt strider mot lag, författning, allmän ordning eller är ägnat att väcka förargelse.[677] I anslutning till registreringsförfarandet har också införts möjlighet att få registreringens lovlighet prövad i ett särskilt panelförfarande av liknande slag som det som tillämpas i fråga om .com-domänen. Domännamnet kan avregistreras eller överföras till den som begärt tvistlösningsförfarande, om domännamnet är identiskt eller förväxlingsbart med ett varukännetecken, näringskännetecken, släktnamn, konstnärsnamn (om namnet inte syftar på någon sedan länge avliden), eller titel på annans skyddade litterära eller konstnärliga verk, vilka har rättsgrund i Sverige och vilka den som begärt tvistlösningen kan visa

[674] Op. cit. s. 146 f.
[675] Se SOU 2000:30 s. 34 ff.
[676] Se härom Pawlo i NIR 2003 s. 253 samt även Mietzel och Groening i NIR 2003 s. 260 ff.
[677] Se Pawlo i NIR 2003 s. 254.

rätt till. En viktig förutsättning är dock att domännamnshavaren inte har någon rätt till eller berättigat intresse i domännamnet. Innehavaren anses ha en rätt till eller ett berättigat intresse i domännamnet, bland annat om det visas att användning av domännamnet skett i samband med marknadsföring av varor eller tjänster innan tvistlösningen inleddes, eller om domännamnet är allmänt känt som en benämning för innehavaren eller dennes verksamhet, tjänster eller varor.[678] För att domännamnet skall kunna avregistreras förutsätts också att det har registrerats eller använts i ond tro.[679]

Liksom kännetecken kan domännamn vara *förväxlingsbara*. Ett domännamn kan också vara förväxlingsbart med ett varumärke. Förväxlingsläran blir dock annorlunda här. För det första är domännamnets huvudfunktion att vara en ren adressangivelse. Det gör att domännamn kan vara väldigt lika. Ett enda tecken kan ju skilja två domännamn åt. Fenomenet är inte nytt. Principen är densamma som för telefonnummer och telex- och telegrafadresser.[680] Men den modala skillnaden är betydande, på grund av Internets enorma spridning och genomslag som massmedium. Hur som helst är det alltså en påtaglig skillnad mellan domännamns tekniska funktion och deras funktion som kännetecken.

Ett problem med domännamn, som kanske alltför sällan uppmärksammats i den allmänna nationella, såväl som i den internationella, debatten, är också att domännamnsförfarandet inte tillhandahåller något effektivt klassindelningssystem. När det, såsom konstaterats ovan, råder brist på kännetecken, gör sig detta problem, särskilt gällande inom domännamnsvärlden. Eftersom proritetsregeln gäller, blir det den som först registrerar sitt domännamn som får ensamrätt till den ordkombination som utgör domännamnets fundamentala del. Att det sedan kan finnas andra näringsidkare inom andra branscher som kan ha motsvarande anspråk på samma ord, kan då inte tillgodoses på det sätt som är möjligt inom den traditionella kännetecknsrätten.

---

[678] Jfr op. cit. s. 256 f.
[679] Se härom Sund-Norrgård, Domännamnstvister och ond tro.
[680] Jfr Åndsretten s. 398.

Även om någon klar linje i dag inte kan ses i vad avser domännamns kännetecknsrättsliga status, är det en trend att den som försöker att så att säga orättmätigt som domännamn tillgripa annans registrerade kännetecken sällan vunnit framgång med det. En förklaring kan bottna i varumärkesrättens funktion inom marknaden. En annan förklaring vilar på mer allmänna förutsättningar för handel enligt Art. 10bis PK.[681]

Sett till sina fundamenta är domännamnens kännetecknsrättsliga aspekt en fråga om *referens*. Alla farhågor om ett inadekvat registreringsförfarande och otillräckliga remedier för att tillförsäkra att inte annan än den så att säga *rättmätige* innehavaren skall få ensamrätt till sin domän, syftar ju till att en fri och förbehållslös sökning i Internet skall ge så att säga *rätt* resultat. På samma sätt som ordet *tiger* refererar till alla tigrar, skall man komma till *Volvo* om man söker i Internet på http://www.volvo.com. (En annan sak är att man i dag därmed inte kommer direkt till *Volvos* personbilsindustri (jfr ovan s. 81 och nedan s. 531 f.). Sett så till *mening*, ligger den aspekten här på ett djupare plan och kommer till uttryck i skilda aspekter av tredje mans missbruk eller otillbörliga registrering av annans kännetecken som domännamn.

4.9 Sammanfattning och utgångspunkter

När en systematisk lagstiftning med registrering av varumärken utvecklades under senare delen av 1800-talet, uppstod frågan vad registreringen skulle svara mot. Inledningsvis gavs faktiskt registrerade varumärken ett generellt skydd. Inga hänsyn togs till varuslag. Den första svenska varumärkeslagen från 1884 skyddade märket inom alla varuslag. Det fanns en bestämmelse om att varumärken kunde bestå parallellt i undantagsfall. Även om det rörde sig om skilda varuslag, önskade varumärkeshavarna inte att märket, som vid denna tid sågs endast som ett bildmässigt tillbehör till rörelsens firma, användes av någon annan. Märkets värde låg i marknadens tillit. Att någon använde samma märke ansågs

[681] Scenariot visas på sitt sätt kanske för svensk rätts del av Stenungsunds TR dom den 1 juli 2001 (Volvo-Tuning); jfr även det danska avgörandet U 1999 (Ø) (Melitta).

därför bero på att han önskade utnyttja denna tillit, vilket lagstiftningen inte borde uppmuntra.[682] Det breda skyddet blev dock kortvarigt. Redan år 1897, i och med att ordmärken tilläts registrering, bestämdes att varumärken skulle registreras endast för de i ansökan angivna varuslagen.[683] Den reella grunden är uppenbar. Det ansågs inte finnas tillräckligt många bra varumärken för att täcka behovet om alla skulle kunna få generellt skydd. Detta fungerade visserligen någorlunda med figurmärken. Men det gick inte med ordmärken, som ju skall vara rimligt korta och lätta att uttala. Även om kombinationsmöjligheterna är många, är de långtifrån obegränsade.[684] Klassregistreringsystemet är förvisso en väg ut ur det dilemmat, men skapar nya problem i en, på alla de sätt, konvergerad eller integrerad marknad, där så mycket trängs inom ett och samma marknadshägn. Utvecklingen har gjort avtryck såväl i lagstiftning som i praxis. Det är tydligt hur kännetecknsrätten i ökande grad har tvingats ta hänsyn till såväl trängsel inom marknaden som ökad marknadskonkurrens, där kännetecknet blivit ett allt viktigare verktyg eller vapen.

Ett relativt märkligt förhållande, som berörts ovan (s. 183 f.) är att skydd för *inarbetning* inte kräver kunskap hos omsättningskretsen om *ett visst kommersiellt ursprung*. För inarbetning krävs endast att omsättningskretsen uppfattar kännetecknet som ett *individualiseringsmedel*, varmed en bestämd – dock inte nödvändigtvis till namnet känd – näringsidkare betecknar sina varor för att skilja dem från andra varor av liknande slag.[685] Det kräv således inte att omsättningskretsen vet *vilken* näringsidkare som är kännetecknshavare och ytterst således inte heller att kännetecknets *garanti-* eller *ursprungsangivelsefunktion* är tillgodosedd, vilket innebär att inarbetning inte ger skydd för en ursprungsangivelse i sig, men väl för *symbolfunktionen*. Detta kan naturligtvis diskuteras. För det första är det rimligt att det inte skall krävas mer för uppnående av ett inarbetningsskydd än för ett registreringsskydd. I fråga

[682] Koktvedgaard/Levin s. 370.
[683] Jfr NJA 1926 s. 383 (Björn).
[684] Koktvedgaard/Levin s. 370.
[685] SOU 1958:10 s. 223.

om registrering ställs heller inga krav på att omsättningskretsen skall kunna *referera* ett visst märke till ett visst specifikt kommersiellt ursprung, eftersom *referensen* tillskapas genom registrering (jfr ovan s. 175). Å andra sidan bör man kanske inte kunna tala om en fullbordad inarbetning i egentlig bemärkelse annat än när omsättningskretsen kan relatera kännetecknet till ett visst kommersiellt ursprung. I så fall skulle fullbordad inarbetning förutsätta att kännetecknet har tillskapat en *referens* mellan märkesvaran och dess kommersiella ursprung.

Inom kännetecknsrätten har traditionellt talats om *omsättningskretsen* som den grupp till vilken frågan om alla relevanta fakta för skydd – särskiljningsförmåga, förväxlingsbarhet, vilseledande – skall ställas för att få svar på om kännetecknet är skyddsförtjänt eller skyddat och om det är förväxlingsbart eller inte. Även om omsättningskretsen konstaterats vara diversifierad, har diskussionen inom kännetecknsrätten om omsättningskretsens differentiering varit relativt begränsad. Ett kännetecken kan naturligtvis i många fall uppfattas olika av en licenstagare, grossist, detaljist eller konsument. Såsom marknaden ser ut i dag, där en och samma produkt kan marknadsföras på olika sätt, via olika media och skilda försäljningskanaler, kan det antas att uppfattningen om särskiljningsförmåga, förväxlingsbarhet och vilseledande varierar högst väsentligt mellan olika grupper av omsättningskretsen. Förklaringen till att bedömningen av vilka som ingår i omsättningskretsen varierar från vara till annan är inte minst att olika delar av omsättningskretsen uppfattar varumärket på skilda sätt. Det torde kunna gälla såväl *referens* som *mening*. Medan den grundläggande frågan om kännetecknet genom inarbetning har förvärvat *referens* är av principiellt intresse vid normala inarbetningsfall, tenderar frågan om förvärvad *mening* att bli viktigare i fråga om intrång enligt anseendeskyddet. Då blir ju den inarbetade *meningen* en väsentlig del av bestämmelsens otillbörlighetsbedömning och i sådana fall framstår graden av inarbetning underordnad arten av inarbetning, d.v.s. vilken *mening* som har inarbetats, inte i vilken grad den har inarbetats.[686]

[686] Jfr det ovan s. 306 berörda Silva-avgörandet (NJA 1990 s. 469), där frågan vad kännetecknen *de facto* stod för, blev av väsentlig betydelse för själva intrångsfrågan.

Kunskap om kännetecken skyddsobjekt är ytterst baserad på *erfarenhet*. Men det som försvårar situationen är att det är en dubbel erfarenhet, som avser såväl juridikens förutsättningar som omsättningskretsens erfarenhet om kännetecknens funktion inom marknaden.

Detta har övervägts närmare av *Wessman*, särskilt i fråga om förväxlingsbarhet. Han konstaterade att frågan om förväxlingsrisk, särskilt i EG-domstolens praxis, utvecklats från en mer eller mindre enkel sakfråga till en sammansatt rättsfråga, där bestämningen av risken för förväxling blir till en form av marknadsrättslig intresseavvägning.[687] Medan man i England fortfarande uppfattade förväxlingsbedömningen som en sakfråga, men där, såsom *Wessman* konstaterade, de engelska domarnas känsla för samhällsekonomiska avvägningar i praktiken emellertid ledde till en nyanserad marknadsrättslig bedömning,[688] underströk den tyska BGH, i linje med *Beier*,[689] att det rörde sig om en rättsfråga.[690] *Wessman* konstaterade vidare att EG-domstolen undvikit en närmare definition, men valt ett vidsträckt förväxlingsbegrepp[691] och fört in de tyska principerna om växelverkan och kännetecknskraft.[692] Härmed hade bedömningen fått en sammansatt rättslig karaktär.[693] Enligt *Wessman* påminde utvecklingen i USA litet om den i Europa. I flertalet amerikanska appellationsdomstolar torde frågan om förväxlingsrisk anses vara en komplex fråga, sammansatt av flera olika omständigheter (bland annat likheten mellan märkena, likheten mellan varorna och det äldre märkets särskiljningsförmåga) även om en yttre definition av förväxlingsrisk som sakfråga ibland *hängde kvar* från den gamla engelska principen om *passing-off*.[694] Detta är förvisso en frågeställning som öppnar

[687] Wessman i NIR 2000 s. 639 f.

[688] Wessman i NIR 2000 s. 640. Wessman hänvisar här till det s.k. Wagamama-avgörandet (FSR 1995 s. 713).

[689] Beier i GRUR 1974 s. 514.

[690] Wessman i NIR 2000 s. 640 som åberopade det tyska *SL*-avgörandet (BGH GRUR 1991 s. 609).

[691] Wessman i NIR 2002 s. 640 med åberopande (fotnot nr 8) av mål C-39/97 (Canon) p. 29, om indirekt förväxling och förväxling i vidare mening.

[692] Wessman i NIR 2000 s. 640. Wessman åberopade här mål C-251/95 (Sabel) p. 22–24, och mål C-39/97 (Canon) p. 17–19 samt p. 29.

[693] Wessman i NIR 2000 s. 640 not 8.

[694] Op. cit s. 640 not 9. Rättsläget var enligt Wessman emellertid inte helt klart; jfr Varumärkeskonflikter s. 111 ff.

> för en rad komplicerade överväganden om vad och i vilken utsträckning domstolen kan ta ställning till andra än rent objektiva fakta i fråga om kännetecknens *de facto*-egenskaper, liksom till av parterna åberopade sakomständigheter.[695]

En viktig skillnad mellan kännetecknsrätten å ena sidan, och övriga immaterialrättigheter å den andra är de verktyg med vilka ett intrång skall bedömas. Medan man inom övriga immaterialrättigheter utgår ifrån den sakkunnige inom området – en *vir optimus* – är huvudregeln inom kännetecknsrätten i stället att det är den tänkte genomsnittskonsumenten som skall göras till tolk för om två kännetecken kan anses förväxlingsbara.[696] Enligt EG-domstolens praxis skall bedömningen, som ovan konstateras, företas med utgångspunkt i en *normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument*.[697] För att kunna bilda sig en uppfattning härom måste domaren, enligt *Knoph*, ”bokstavelig krypa ut av sitt gode skinn, og søke å leve sig inn i hvordan godtfolk vil reagere overfor merkene når de møter dem i livet.”[698]

Såväl kvantitativa som kvalitativa fakta skall värderas. Vissa kvalitativa fakta låter sig svårligen bevisa med endast indirekta bevismedel. För att kunna bedöma förbrukarnas märkesmedvetenhet och precisionsförmåga, torde därför ofta krävas underlag i form av en marknadsundersökning. Även om indirekt bevisning i form av reklammaterial, av vilket det framgår hur ett kännetecken använts, kan ge indicier om hur det kan uppfattas av omsättningskretsen,[699] är det uppenbart att omsättningskretsens uppfattning om kännetecknets *mening* säkert kan bestämmas endast genom en marknadsundersökning.[700] Fastställande av om-

---

[695] Jfr Nordell i NIR 2003 s. 276.

[696] Jfr Immaterialretspositioner s. 176.

[697] Domstolen hänvisade här till mål C-210/96 (Gut Springenheide och Tusky) p. 31.

[698] Knoph s. 455.

[699] Synnerstad s. 12. Synnerstad hänvisar här till marknadsundersökningens betydelse i RÅ 1971 H. 27 (Borrhackan) och RÅ 1971 H. 94 (Thermoservice).

[700] Se härtill Synnerstad (s. 12) som konstaterade att en viss marknadsandel som bevis för inarbetning, var en allvarlig brist, eftersom den inte sade något om hur omsättningskretsen uppfattade varumärket.

fattningen av kännetecknets användning synes därtill ge besked om denna *mening* är *intersubjektiv* (jfr ovan avd. 3.3.3.1), såvida ett tillräckligt stort antal individer inom omsättningskretsen har enahanda uppfattning om kännetecknets egenskaper och om de varor som det står för. Marknadsundersökningen kan ge kunskap om omsättningskretsens uppfattning om kännetecknets egenskaper i en fungerande konkurrenssituation inom marknaden. En sådan undersökning kan företas för att skapa en uppfattning, inte bara om kännetecknets särskiljningsförmåga, såväl ursprunglig som förvärvad, utan även i fråga om förväxlingsbarhet. Hur inarbetningsgraden skall mätas prövades av EG-domstolen i det ovan berörda *Chiemsee*-avgörandet.[701] Den tyska domstolen ställde frågan om direktivets art. 3.3 innebar att det ställdes krav på sättet att fastställa den särskiljningsförmåga som uppkommit genom bruk. EG-domstolen påpekade, beträffande den metod som skall tillämpas för bedömning av särskiljningsförmåga, att gemenskapsrätten inte utgör hinder för att den behöriga myndigheten, om den har särskilda svårigheter att bedöma denna fråga, kan besluta att i enlighet med nationell rätt låta utföra en konsumentenkät för att underlätta ett avgörande (p. 54).[702]

Möjligheten att åberopa marknadsundersökning som bevis förordades inte i motiven till 1960 års VmL. Anledningen härtill torde ha varit främst att marknadsundersökningar vid den tiden var en relativt ny och oprövad företeelse[703] och att metoden då ännu inte hade hunnit utvecklas till det statistiskt relativt säkra instrument som det sedermera har kommit att uppfattas som.[704] VFU utgick i stället ifrån att bedömningen skulle baseras på indirekt bevisning.[705] Endast någon gång kunde måhända en marknadsundersökning ge en mer omedelbar bild av omsätt-

[701] De förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee).

[702] Domstolen hänvisade härvid till mål C-210/96 (Gut Springenheide och Tusky) p. 37.

[703] En metod för marknadsundersökningar presenterades för första gången år 1944 i Gallup, A Guide to Public Opinion Polls.

[704] Se Tengelin i NIR 1975 s. 376 ff. Om utformningen av undersökningar inom Stockholms Handelskammares Varumärkesnämnds undersökning under senare tid se Synnerstad s. 14 ff.; därtill hur en marknadsundersökning eljest kan läggas upp se Synnerstad s. 49 ff.

[705] Tengelin i NIR 1975 s. 374.

ningskretsen.[706] Denna skepsis har i vissa fall återspeglats i praxis, där domstolen hävdat att en marknadsundersökning har ansetts som mer otillförlitligt bevisfaktum än uppgifter om omsättning, reklamkostnader m.m.[707] Ett dilemma vid registrering för många sökande är dock att marknadsundersökningar är kostsamma. Därför får man också i många fall av kostnadsskäl nöja sig med indirekt bevisning. I vissa fall är det emellertid uteslutet att genomföra en marknadsundersökning. Det gäller t.ex. om det skall bevisas att ett kännetecken hade särskiljningsförmåga eller var förväxlingsbart flera åt tillbaka i tiden.[708] För att skyddet för ett inarbetat kännetecken skall behållas, måste kännetecknet användas någorlunda kontinuerligt. Om kännetecknet tas ur bruk, klingar inarbetningen så småningom vanligen av. Till sist faller kännetecknet i glömska. Då kan också särskiljningsförmågan försvinna.[709] Det kan emellertid tänkas att kännetecknet ändå av vissa skäl stannar i omsättningskretsens medvetande. *Ljunglöfs* snus är ett exempel på ett kännetecken som konstaterats vara inarbetat trots att det inte hade använts under femtio år.[710]

Sannolikt är det lättare att genomföra en marknadsundersökning för att utröna om ett kännetecken har särskiljningsförmåga än om det är förväxlingsbart eller vilseledande om ett kommersiellt ursprung. Anledning härtill är att det är fler fakta som måste läggas till grund för en intrångsbedömning än i fråga om särskiljningsförmåga, eftersom *meningsaspekter* i högre grad måste beaktas i sådana fall. De är ju som konstateras ovan, i många fall subjektiva, vilket kan göra det svårt att mäta dem i en marknadsundersökning.

Det kännetecknsrättsliga kravet på *särskiljningsförmåga* skiljer sig från andra grundläggande immaterialrätters motsvarigheter – originalitet och uppfinningshöjd – genom att särskiljningsförmåga kan förvärvas

[706] SOU 1958:10 s. 224; jfr Synnerstad s. 8.
[707] Se Malmö TR dom den 1 oktober 1974 (Marknadsundersökning); jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 280.
[708] Jfr Immaterialrätt s. 197.
[709] Se Holmqvist i NIR 1975 s. 267.
[710] RÅ 1970 s. 74 (Ljunglöfs); jfr Immaterialrätt s. 224.

genom inarbetning. Det betyder att helt vardagliga ord, symboler och former med tiden kan få en överförd *betydelse* på ett bestämt område. Det är det som brukar uttryckas med den engelska termen *secondary meaning*.[711] Därmed har de också fått en ny *referens*. I princip kan allt inarbetas om de rätta förutsättningarna och möjligheterna föreligger. Vanligtvis behöver dock generiska beteckningar ändå någon distinktiv del för att alls kunna skyddas.[712] Ju starkare inarbetningen är, desto starkare blir normalt sett också skyddet.[713] Språkliga och bildmässiga ord och uttryck som ursprungligen inte varit ägnade att tjäna som kännetecken på grund av allmänna eller beskrivande beskaffenheter, kan således, efter närmare värdering av *mening* och kännedomsgrad, erhålla kännetecknesskydd.[714] Om så visar sig vara fallet, kan de ha förvärvat *de facto* särskiljande egenskaper och därmed skapat *referens* till sin vara. Det gäller t.o.m. generiska beteckningar, även om sådana inte kan få kännetecknesrättsligt skydd.

> Enligt *Holmqvist* varierade den inneboende distinktiviteten i de flesta fall inom en skala, i vilken kännetecknet inplacerades efter den distinktivitetsgrad som ordmärket ansågs nå som resultat av den uppkomna *sekundärbetydelsen* hos märkesordet, d.v.s. den semantiska relation som uppstod mellan märkesordets *primärbetydelse* och varuslagsappellativets *primärbetydelse* när dessa båda betydelser ställdes i relation till varandra som följd av att märkesordet gjordes till ett egennamn, ett ordmärke som *benämnde* det begrepp, varuslaget, som *betecknades* av varuslagsbeteckningen.[715]

Ett ord hade enligt *Regnéll* ofta vag *betydelse* i det att det inte var exakt definierat, och begreppsomfånget blev följaktligen oskarpt. Färgtoner och värmegrader övergick mer eller mindre kontinuerligt i varandra, och åtminstone det vanliga språket innehöll inte några exakta regler som

---

[711] Koktvedgaard/Levin s. 346; Levin i NIR 1996 s. 301; Varumärkens särskiljningsförmåga s. 35 ff.

[712] Ett exempel som givits av Homqvist är *Karlssons Klister* där det är *Karlsson* i kombination med *Klister* som ger distinktivitet (Holmqvist i NIR 1975 s. 269).

[713] Jfr principen om kännetecknskraft (ovan s. 150 f.).

[714] Koktvedgaard/Levin s. 347.

[715] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 81.

avgjorde precis var gränsen gick mellan det som var rött och inte rött eller varmt och inte varmt.[716] På motsvarande sätt förhåller det sig med kännetecken. Underkläder och skor har t.ex. ansetts lika.[717] Vad som anses lika eller olika – förväxlingsbart eller inte – blir i mycket en fråga om omsättningskretsens uppfattning. Det framstår som effekter av inarbetning. Relaterat till den semantiska frågan om ordens *referens*, kan det uttryckas som en fråga om under vilka omständigheter *a=a* respektive *a=b* (jfr ovan s. 108 f.). Det är fråga om en mycket komplicerad bedömning av ordens värdemening i relation till frågan om varuslagslikhet. Inbegriper ordet *stol* även *pall*, *fåtölj*, *toalett* och *tron*? De har ju samtliga en grundläggande gemensam *mening* i *sittmöbel*,[718] men ändå olika *mening* i förhållande till *hur*, *varför* och *när* man sitter.

Det finns ett *samband mellan särskiljningsförmåga och förväxlingsbarhet*. Detta kommer kanske till tydligast uttryck i den intrångspraxis som utvecklats av EG-domstolen, där domstolen slagit fast att ett varumärkes särskiljningsförmåga påverkar ensamrättens omfång.[719] Den princip som domstolen har utvecklat säger att risken för förväxling skall anses större när det äldre märket har en stark särskiljningsförmåga, antingen på grund av att det är originellt i förhållande till de ifrågavarande varorna eller till följd av att det använts inom marknaden i stor utsträckning.[720]

Av *Chevy*- och *Davidoff*-avgörandena framgår också att ett liknande förhållande mellan särskiljningsförmåga och skyddsomfång gäller även för det utvidgade skyddet för väl ansedda kännetecken (jfr ovan avd. avd. 4.4.5.1).[721] Särskilt när det gäller väl ansedda kännetecken kan denna princip ifrågasättas. Att risken för *de facto*-förväxling skulle vara större ju större särskiljningsförmågan är, är väl knappast sannolikt. Om

---

[716] Regnéll s. 63.

[717] Jfr Besvärsavd. 42/1969 där (Bally) *Bali* ansågs förväxlingsbart med *Bally.*

[718] Jfr ovan s. 166 vad som anförts om skillnaderna mellan Frege och Quine.

[719] Mål C-251/95 (Sabel), mål C-39/97 (Canon), mål C-342/97 (Lloyd) mål C-375/97 (Chevy) och mål C-425/98 (Adidas); jfr Wessman i NIR 2002 s. 16.

[720] Sabel-avgörandet p. 22–24. Se härtill Canon-avgörandet p. 17–19, Lloyd-avgörandet p. 17–20, och Adidas-avgörandet p. 40–41; jfr Wessman i NIR 2002 s. 16.

[721] Chevy-avgörandet p. 30; jfr Wessman i NIR 2002 s. 16.

ett kännetecken har blivit synnerligen starkt inarbetat, måste det ju tvärt om vara lättare för omsättningskretsen att skilja det från andra kännetecken – även om de är väldigt lika. Däremot borde, främst på grund av urvattningsrisken, acceptansen för liknande märken vara mindre. Ju starkare särskiljningsförmåga det väl ansedda kännetecknet har, desto mer sannolikt är det att användningen av ett annat liknande kännetecken kan medföra snyltning eller skada.[722] Sannolikt är det också något sådant som domstolen ytterst vill ge uttryck åt (se härom vidare nedan avd. 7.2.3). I svensk praxis har i vissa fall även risken för *urvattning* åberopats som en faktor i förväxlingsbedömningen. I det ovan (s. 273) berörda avgörandet om förväxlingsbarhet mellan *Ceralux* och *Lux*, uttalade RegRn t.ex. att omständigheten att märket i sig inrymde ett redan registrerat varumärke vanligen hade ansetts kunna medföra risk för förväxling och därmed leda till en *försvagning av det registrerade märkets särskiljningsförmåga*.[723]

Det är knappast möjligt att fastställa några generella regler för när kännetecken är *förväxlingsbara*. Orsaken är att risken för förväxlingar påverkas inte bara av likheten mellan kännetecken och varuslag, utan också av en mängd andra faktorer, såsom vilken typ av produkter det är fråga om – kapitalvaror eller köp-slit-och-släng-varor – hur de köps, t.ex. genom manuell betjäning eller självbetjäning, och av omsättningskretsens sammansättning. Helhetsbedömningen av varumärken i en konfliktsituation får visserligen med nödvändighet en viss skönsmässig och därmed subjektiv prägel. Men det finns en viss praxis inom området och en vidareutvecklinga av den bör välkomnas till att verka normerande och därmed objektiviserande.

Såsom känneteckensrätten är konstruerad, med hinder för användning av förväxlingsbara kännetecken, där ingen egentlig åtskillnad görs mellan kännetecken som liknar varandra och kännetecken som är identiska, borde, utifrån känneteckensrättslig synpunkt, även förväxlingsbara kännetecken ha samma *referens*. Eftersom samma kännetecken enligt huvudregeln kan användas av skilda näringsidkare för olika varuslag,

[722] Wessman i NIR 2002 s. 16.
[723] RÅ 1984 2:2 (Ceralux).

borde även de olika varorna ha samma *referens*. Här skiljer sig verklighet och kännetecknsrätt åt. Huvudregeln i 6 § första stycket VmL som säger att kännetecken är förväxlingsbara endast om de avser varor av samma eller liknande slag, och som ger uttryck åt den s.k. *produktregeln*, ger ju från kännetecknsrättslig synpunkt, att enahanda kännetecken för varor av olika slag kan få olika såväl *referenser* som *mening*. Det har tidigare ansetts att varuslagslikhetsbedömningen skall företas med hänsyn till för vilka varor kännetecknet *registrerats*.[724] Det finns en historisk förklaring till detta synsätt som framgår av att vilseledande användning av *inarbetade* kännetecken tidigare föll under 9 § IKL.[725] På senare tid har utvecklingen emellertid gått mot att hänsyn i stället skall tas främst till de varor för vilka kännetecknet *används*,[726] d.v.s. en bedömning från *referensfakta* till *meningsfakta*.

Här kan också erinras om *Stuevold Lassens*[727] antagande att ett kännetecken i en förväxlingssituation kan vara mer förväxlingsbart med det andra än tvärt om. I *Stuevold Lassens* exempel var det två figurkännetecken som ställdes mot varandra och där förekomsten av en orddel i det ena gjorde att det skulle bli lättare att förväxla kännetecknet utan orddel med det med sådan än omvänt. Förklaringen till det ligger naturligtvis i principen att *maius includit minus*. I så fall skulle *Bi* vara mer likt *BiC* än tvärt om. *Stuevold Lassens* konstaterande också att en stark inarbetning av ett av två kännetecken motverkar förväxlingsrisk, men att det inte borde komma på tal att inskränka ett kännetecknens ”likhetssfär” med åberopande av att det är starkt inarbetat. ”Disse to synspunkter indebærer antagelig at man ikke bør arbeide med samme norm for forvekselsbarhet når det sterkt innarbeidede merket er eldst som når det er yngst (dvs. hvår det skal tas i bruk på et helt nytt vare- eller tjenesteområde).”[728]

---

[724] Nial i Festskrift till Gösta Eberstein s. 215 f.

[725] Jfr Heiding s. 85.

[726] Se särskilt NJA 1990 s. 469 (Silva); jfr även angående det varumärkesrättsliga användnigstvånget i Noveller s. 41 ff.

[727] Oversikt s. 277 f.

[728] Op. cit. s. 279; jfr härtill det av Stuevold Lassen åberopade avgörandet av Patentstyrets 2. avdeling 8. april 1975 i sak nr. 4320 (Hydro).

I många situationer där kännetecknen – såsom i det ovan berörda *BiC*-avgörandet[729] – verkat samtidigt inom marknaden under längre tid, liksom även i andra fall där skilda sätt att använda, presentera, utforma, marknadsföra och distribuera varan på, kan påverka omsättningskretsens uppfattning, tillförsäkrar just kännedomsgraden i många fall tvärt om att förväxling *de facto* inte kan ske. Omsättningskretsens medvetenhet om produkternas skilda egenskaper medför att någon förväxling knappast kan ske. Inte heller torde i ett sådant fall kunna finnas risk för urvattning. Detta förhållande kan naturligtvis också förklaras i termer av *mening* och *referens*, där *meningsaspekten* här får central betydelse för bedömning av *förväxlingsrisk* hos *genomsnittskonsumenten*. Även om EG-domstolen förefaller relativt förutsättningslöst utgå ifrån en helhetsbedömning där skilda aspekter skall ligga till grund för bedömningen, blir i slutet vissa av aspekterna avgörande på ett sätt som kan medföra att andra aspekter kommer i bakgrunden. Det kan ha sin förklaring i att vissa aspekter som förs fram som centrala i preambeln till direktivet, sedan förefaller att tonas ned i den egentliga direktivtexten. Det har dessutom och inte minst en förklaring i hur de frågor som förekommer i de aktuella avgörandena har kommit att ställas av de nationella domstolarna. Om EG-domstolen i stället sett till den *mening* som de skilda kännetecknen signalerade – d.v.s. det aktuella *meningsinnehållet* – till *genomsnittskonsumenten*, skulle utgången i flera fall kanske ha blivit annorlunda.

Kännetecken**s**likhetsfrågan utgör förväxlingsbarhetens centrala utgångspunkt. De grundläggande förutsättningarna för varukännetecken**s**rättslig förväxlingsbarhet är uppfyllda om två kännetecken är så lika att de faktiskt kan förväxlas.[730] Denna likhet utgör därmed även utgångspunkt i registreringsförfarandet. Det är emellertid inte klart hur en faktisk likhetsbedömning skall göras. Huvudvikten läggs naturligtvis vid den beståndsdel av märkena som har särskiljningsförmåga och dominans.[731] Kännetecken som är identiska eller näst intill identiska skall

[729] NJA 1979 s. 121 (BiC).
[730] Jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 208.
[731] SOU 1958:10 s. 252; Koktvedgaard/Levin s. 377.

som regel anses förväxlingsbara. Enligt motiven till VmL skulle även sådana kännetecken anses förväxlingsbara, vilka oaktat skiljaktighet i vissa delar, i sin helhet var så lika varandra, att det ena kunde tas för det andra. Detta slags likhet kunde kallas förväxlingsbarhet i trängre bemärkelse.[732] Enligt motiven kunde kännetecken emellertid vara förväxlingsbara även om ett rent *misstag* inte var sannolikt. Kännetecken kunde vara förväxlingsbara också om likheten dem emellan kunde ge upphov till andra slags missförstånd, t.ex. att en vara tillhandahölls av en licenstagare eller att A garanterade eller godkände Bs vara eller att samhörighet eller eljest något kommersiellt samband bestod mellan parterna.[733] Har ett särskilt framträdande moment i ett kännetecken efterliknats i ett annat, kan kännetecknen också vara förväxlingsbara, utan hinder av olikheten hos övriga beståndsdelar. Hit hörde enligt motiven till VmL även fallet att Bs kännetecken innehöll en beståndsdel som var gemensam för flera i en serie ingående kännetecken tillhörande A.[734] Man kan här tala om förväxlingsbarhet i vidare bemärkelse. Vid förväxlingsbarhet i trängre bemärkelse är det alltså fråga om sammanblandning av två kännetecken medan det i fråga om förväxlingsbarhet i vidare, d.v.s. i egentligt kännetecknsrättsligt avseende, rör sig om andra slag av *vilseledande* missförstånd om varornas kommersiella ursprung.[735] För att tydliggöra att förväxlingsbarhetskriteriet avser något annat än faktisk förväxling, talas i VKs förslag till ny VmL, i överensstämmelse med EG-rätten, om ”risk för förväxling inbegripet risken för att användningen av tecknet leder till uppfattningen att det finns ett *samband* mellan den som använder tecknet och innehavaren av varukännetecknet.”[736]

Även om förväxlingskriteriet kan delas upp i två komponenter med var sin förklaring, har det i Sverige ansetts viktigt att uppfatta det moderna förväxlingskriteriet såsom en helhet. Vid värderingen av om två kännetecken är förväxlingsbara, skall det göras en *helhetsbedömning*. I

[732] SOU 1958:10 s. 252; jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 210.
[733] SOU 1958:10 s. 252.
[734] Loc. cit.
[735] Jfr härtill Varumärkeskonflikter s. 24.
[736] Se SOU 2001:26 s. 51; jfr Varumärkeskonflikter s. 25.

den ingår samtliga moment som rör kännetecknen: deras särskiljningsförmåga, inarbetning, faktiska användning, likhet i skrift och tal, varornas beskaffenhet, köparkretsens sammansättning o.s.v.[737] En fråga som kvarstår är dock i vilken utsträckning detta gäller fullt ut vid registrering. I sådana fall svävar ju registreringsmyndigheten ofta i okunskap om många faktorer som gäller kännetecknets *mening* efter inarbetning, d.v.s. vad som *de facto* kan skapa förväxling hos omsättningskretsen. Föreställningsbilden aktualiseras mera sällan; och är för övrigt ganska svår att hantera i registreringspraxis.[738] Därför framstår det kännetecknensrättsliga förväxlingsbegreppet närmast som ett juridiskt tekniskt begrepp, något som också kommer till uttryck i domstolarna. I synnerhet de administrativa myndigheterna tenderar att tolka märkeslikhetskravet på ett sätt som inte överensstämmer med omsättningskretsens *de facto*-uppfattning.[739] Dessa traditionellt så att säga *tekniska effekter* av den kännetecknensrättsliga förväxlingsbedömningen, har därmed på sätt och vis skapat en motsättning mellan den juridiska fakticiteten och den verklighet som rätten är avsedd att reglera, eftersom reglerna syftar till att förhindra användning av kännetecken som kan medföra faktisk förväxling rörande varors kommersiella ursprung.[740] I PRVs praxis är förväxlingsbedömningen en viktig del av det dagliga arbetet. Eftersom man vid den administrativa förväxlingsbarhetsbedömningen normalt inte har tillgång till uppgifter om kännetecknens praktiska användning o.d., måste avgöranden träffas på ett tämligen magert underlag (märkes- och varuslagslikhet, liksom ingivna uppgifter om avtal, försålda produkter och av kostnader i marknadsföring m.m.). Av betydelse i detta hänseende är, på grund av att registreringsskydd kan erhållas för kännetecken som inte använts, att det ofta är omöjligt att avgöra om ett kännetecken i det enskilda fallet är förväxlingsbart med annat kännetecken i det sammanhang där kännetecknet är avsett att användas. I fråga om registreringsskydd för kännetecken är det därför ofta inte möjligt att ta

[737] Koktvedgaard/Levin s. 370.
[738] Op. cit. s. 300.
[739] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 209.
[740] Jfr loc cit.

hänsyn till sådana omständigheter som omfattningen av faktiska förväxlingar eller den tid, under vilken märket har använts. Inte heller kan hänsyn tas till andra distributionsvägar än dem som är normala för varan. Endast sådana omständigheter kan beaktas som direkt sammanhänger med själva kännetecknet och de varor för vilka dessa söks.[741] Såsom antytts, bidrar emellertid den utveckling som sker, och då främst inom Europarätten, till att närma den svenska traditionellt sett relativt *statiska* förväxlingsbedömningen till en mer marknadsorienterad eller marknadsrelaterad syn på kännetecknet och det skydd som det i förekommande fall förtjänar. Detta har också visats i ett antal avgörande från PBR, vilka pekar på att s.k. *kall harmonisering* (jfr ovan s. 229)[742] sker på kännetecknensrättsområdet. Ett belysande exempel kan vara det ovan (s. 322 f. och s. 335) berörda avgörandet där tecknet *Tulosba Akdov* inte kunde registreras på grund av det välkända kännetecknet *Absolut Vodka*.[743]

Särskilt när det gäller svensk registreringspraxis är det slående hur avslagsgrunden i vissa fall varit bristande särskiljningsförmåga medan märken i andra fall har ansetts vara vilseledande. *Holmqvist* berörde geografiska ord utförligt i sin monografi, men redovisade därvidlag inte någon praxis. Detta ger enligt min åsikt en missvisande bild av gällande svensk kännetecknensrätt. Det må vara, att kravet på särskiljningsförmåga inte är en del av läran om vilseledande kännetecken, men läran om vilseledande kännetecken är definitivt en del av läran om kännetecknens skyddsförtjänthet. Ett märke som inte kan registreras på grund av att det antyder en annan och felaktig geografisk härkomst, syftar ju på ett primärt unikum, precis på samma sätt som kännetecken som anger ett sådant. Att den ena typen av kännetecken skulle skilja sig från den andra är svårt att urskilja. Den ligger i att medan ett kännetecken som felaktigt anger ett visst geografiskt ursprung, avser att skapa en felaktig *referens* till en viss geografisk plats, synes kännetecknet som oriktigt antyder ett visst ursprung vilseleda antingen om en *referens* till en geografisk plats

[741] Op. cit. s. 212.
[742] Jfr Haertel, 10 Jahre europäishe Patentübereinkommen s. 34.
[743] PBR mål 97-065 (Tulosba Akdov).

eller en *mening* avseende en sådan.[744] Om man dessutom tar in i bilden att ett vilseledande inte behöver avse bara omständigheter beträffande geografiskt ursprung, utan även andra faktiska och kommersiella sådana, framstår gränsen mellan särskiljningsförmåga, förväxlingsbarhet och vilseledande enligt min uppfattning således inte bara som hårfin, utan i stora delar överlappande. De flesta frågor som gäller dem har att göra med vad kännetecknet står för – dess skyddsobjekt avseende *mening* eller *referens*.

[744] Jfr Nitter i Ånd og rett s. 767.

5. Ensamrätten

I detta kapitel beskrivs översiktligt den ensamrätt till kännetecken som ges inom ramen för främst varumärkeslagstiftningen. Förklaringen till att även förfoganderätten berörs så utförligt som görs är att kännetecknsrättens föremål i sig är så knapphändigt beskrivet i själva lagen. Av det skälet kan antas att rättens föremål kan stå att finna delvis även i ensamrättens bestämning.

Känneteckensrätten brukar definieras som en ensamrätt,[1] men vid närmare betraktande visar sig ensamrätten vara mer eller mindre relativ. Medan firma *de facto* är en ensamrätt, tillåter ju varukänneteckensrätten enahanda kännetecken under förutsättning av större eller mindre konkurrens. I fråga om kollektivmärken, och geografiska ursprungsbeteckningar vidgas rätten till ett större antal rättighetshavare[2] och namn kan ju i många fall bäras av ett fritt och obestämt antal personer.

Enligt 3 § första stycket VmL får var och en i näringsverksamhet, under förutsättning att det är i överensstämmelse med *god affärssed*, som kännetecken för sina varor, *använda* sitt *släktnamn*, sin *adress* eller sin *firma*, eller *uppgifter om varornas art, kvalitet, kvantitet, avsedda ändamål, värde och geografiska ursprung, tidpunkten för deras framställande* eller *andra egenskaper* hos varorna. Enligt 3 § andra stycket VmL, har näringsidkare också skydd mot att deras släktnamn, adress eller firma av andra obehörigen används som varukännetecken. Bestämmelsen,

[1] Jfr Kobbernagel II s. 139.
[2] Jfr Nitter i Ånd og rett s. 764.

som motsvaras av Varumärkesdirektivets art. 6.1, fick sin nuvarande lydelse i och med 1993 års reform av VmL,[3] motsvarar i delar den ursprungliga lydelsen i 1960 års VmL, där endast ensamrättens förhållande till namn och firma reglerades. Enligt den ursprungliga lydelsen hade envar i sin näringsverksamhet rätt att ”använda sitt släktnamn eller sin firma som kännetecken för sina varor, där det ej är ägnat att framkalla förväxling med annans skyddade varukännetecken. Näringsidkare har och ock skydd enligt denna lag mot att namnet eller firman av annan obehörigen används som dylikt kännetecken.” Även om bestämmelsens innehåll i grunden inte behöver påverka nationella grundförutsättningar för ensamrättens omfattning och avgränsning, skiljer sig bestämmelsen i äldre och aktuell lydelse åt i betydande grad.

En egenhet med bestämmelsens i 3 § VmL nuvarande lydelse är att den fungerar varken som en beskrivning av ensamrätten eller som en inskränkning i den. På ett, för det immaterialrättsliga systemet förhållandevis artfrämmande sätt förklarar den i stället vad som *får användas* som kännetecken. Detta framstår i ett fungerande marknadssystem, där allt som inte är omfattat av ensamrätten skall stå envar fritt att använda i sin verksamhet eller eljest, som ganska märkligt. Bestämmelsen sätter gränsen dels mot ett behov av *frihållning*, dels mot *tredje mans* intressen. Den yttre gränsen för dem båda skall bestämmas av *god affärssed*, något som för tankarna närmast till marknadsrätten (se härom vidare nedan kap. 6).

I EG-domstolens s.k. *Gerolsteiner Brunnen*-avgörande[4] var fråga om tolkningen av under vilka omständigheter användning såsom varumärke av uppgifter om varornas eller tjänsternas *geografiska ursprung* enligt Varumärkesdirektivets art. 6.1 b skulle utgöra *god affärssed*.

> Enligt EG-domstolen avsåg det enda bedömningskriterium som anges i art. 6.1 huruvida användningen av uppgiften om geografiskt ursprung skedde i enlighet med *god affärssed*. Det innebar i huvudsak en lojalitetsplikt gentemot varumärkeshavarens berättigade intressen (p. 24).[5] Endast det förhål-

[3] se Ds 1992:13 s. 110 f. och prop. 1992/93:48 s. 86.
[4] Mål C-100/02 (Gerolsteiner Brunnen).
[5] Domstolen hänvisade här till *BMW*-avgörandet p. 61.

> lande att det förelåg en förväxlingsrisk på grund av ljudlikhet mellan ett ordmärke som registrerats i en medlemsstat och en uppgift om geografiskt ursprung i en annan medlemsstat var således inte tillräckligt för att kunna dra slutsatsen att en användning av den uppgiften i näringsverksamhet var oförenlig med god affärssed. I en gemenskap med femton medlemsstater och stora språkliga skillnader var möjligheten att det fanns en fonetisk likhet av något slag mellan å ena sidan ett varumärke som var registrerat i en medlemsstat och å andra sidan en uppgift om geografiskt ursprung i en annan medlemsstat redan betydande, och skulle komma att bli än större efter utvidgningen (p. 25). Det ankom på den nationella domstolen att göra en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter (p. 26). Vad gällde drycker tappade på flaska, märktes bland de omständigheter som domstolen skulle beakta, bland annat formen och etiketten på flaskan, för att det särskilt skulle kunna bedömas om tillverkaren av den dryck som försetts med en uppgift om geografiskt ursprung kunde anses bedriva illojal konkurrens i förhållande till varumärkeshavaren (p. 26). Art. 6.1 b skulle därför tolkas så, att när det förelåg en förväxlingsrisk på grund av ljudlikhet mellan å ena sidan ett ordmärke som registrerats i en medlemsstat och å andra sidan en uppgift lämnad i näringsverksamhet om det geografiska ursprunget hos en produkt som härrör från en annan medlemsstat, kunde varumärkesinnehavaren med stöd av art. 5 i direktivet förhindra endast en användning av uppgiften om geografiskt ursprung om denna användning inte var förenlig med god affärssed.

Kravet på *god affärssed* i 3 § VmL borde kunna antas innebära att de i bestämmelsen angivna uppgifter som får användas som kännetecken enligt bestämmelsen enligt huvudregeln bör få medföra varken *referens*- eller *meningsgemenskap* med annans skyddade kännetecken. Emellertid behöver, med EG-domstolen konstaterande i *Gerolsteiner Brunnen*-avgörandet, en förväxlingsrisk på grund av ljudlikhet mellan ett ordmärke som registrerats i en medlemsstat och en uppgift om geografiskt ursprung i en annan medlemsstat i sig inte vara tillräckligt för att användningen av uppgiften i näringsverksamhet skall vara oförenlig med god affärssed. Men om användningen av uppgiften kan antas vara företagen i *syfte* att utnyttja den *mening* som finns hos en annan kännetecknshavare, borde väl det kunna antas strida mot god affärssed.

5. Ensamrätten

Ensamrätten är i 4 § första stycket VmL negativt uttryckt till att innebära att annan än innehavaren inte får i näringsverksamhet använda ett därmed förväxlingsbart kännetecken för sina varor, vare sig på varan eller dess förpackning, i reklam eller affärshandling eller på annat sätt, däri inbegripet också muntlig användning. Detta gäller oavsett om varan tillhandahålls eller är avsedd att tillhandahållas här i landet eller utomlands eller hit införs. Bestämmelsen motsvaras närmast av Varumärkesdirektivets art. 5.1, enligt vilken varumärkeshavaren har rätt att förhindra att tredje man i näringsverksamhet använder tecken som är identiska med varumärket med avseende på de varor som är identiska med dem för vilka varumärket är registrerat (art. 5.1 a) och tecken som på grund av sin identitet eller likhet med varumärket och identiteten eller likheten hos de berörda varorna kan leda till förväxling hos allmänheten (art. 5.1 b).

I 4 § andra stycket VmL anges att som otillåten användning enligt första stycket anses att någon vid tillhandahållande av reservdel, tillbehör eller liknande som lämpar sig för annans vara, åberopar dennes kännetecken på sådant sätt att det kan ge sken av att vad som tillhandahålls kommer från kännetecknets innehavare eller av att denne medgivit kännetecknets användning. Bestämmelsen i 4 § andra stycket VmL är avsedd att vara anpassad till Varumärkesdirektivet.[6] Den motsvaras närmast av Varumärkesdirektivets art. 6.1 c, där det anges att varumärket inte ger innehavaren rätt att förhindra tredje man att i näringsverksamhet använda varumärket om det är nödvändigt för att ange en varas eller tjänsts avsedda ändamål, särskilt som tillbehör eller reservdel, förutsatt att tredje man handlar i enlighet med god affärssed. Värt att observera är de skillnader som finns mellan bestämmelsen i den svenska lagen och direktivet. I den svenska lagen får åberopandet inte *ge sken* av att vad som tillhandahålls kommer från kännetecknets innehavare eller av att denne medgivit kännetecknets användning, d.v.s. närmast ett slags *kommersiellt samband*. Enligt direktivet är åberopandet tillåtet om det är *nödvändigt* för att ange varans avsedda ändamål, men endast under för-

[6] Se SOU 1999:19 s. 29 ff.

utsättning att det står i överensstämmelse med *god sed*, vilket lämnar stort utrymme åt domstolen att i det enskilda fallet avgöra vad som är tillåtet.[7] Av det skälet har VK föreslagit en bestämmelse i 5 § andra stycket 3 VmL, enligt vilken ensamrätten till ett varukännetecken inte skall hindra någon annan, *när det stämmer överens med god affärssed*, att i näringsverksamhet använder varukännetecknet om det är *nödvändigt* för att ange varans avsedda ändamål, särskilt om den är avsedd att användas som tillbehör eller reservdel.[8]

I 4 a § VmL anges att rätten till ett varukännetecken inte hindrar att någon annan än innehavaren använder kännetecknet för varor som innehavaren, eller någon med innehavarens samtycke under kännetecknet, fört ut på marknaden inom EES (4 a § första stycket VmL). Det gäller dock inte när varornas skick har förändrats eller försämrats sedan de förts ut inom marknaden eller när det finns någon annan skälig grund för innehavaren att motsätta sig användningen (4 a § andra stycket VmL). Bestämmelsen motsvaras närmast av Varumärkesdirektivets art. 7.[9]

Även om ensamrätten i lagen är negativt uttryckt, har kännetecknshavaren såväl en *positiv* som en *negativ* rätt. Han har ju en positiv *ensamrätt* att förfoga över sitt kännetecken – förfogandeobjektet. Negativ blir rätten genom hans möjligheter att förbjuda annan att utnyttja objektet. Även i detta hänseende antas ensamrätten avse en rätt till kännetecknets *referens* och *mening*.

Referensen ger en yttersta gräns för kännetecknshavaren. Han har en ensamrätt till den koppling mellan kännetecken och vara, liksom dess kommersiella ursprung, vilken kännetecknsrätten ger. Ensamrätten – sett till skyddet för *referens* – är ytterst avgränsad så att säga åt det ena hållet genom 36 § avtalslagen, och åt det andra genom det konkurrensrättsliga förbudet mot konkurrensbegränsande avtal (6–7 §§ KL) och missbruk av dominerande ställning (19 § KL).

Sett till *meningen*, avser rätten närmast att ingen annan skall få utnyttja de investeringar som kännetecknet *lovligen* har förvärvat. *Meningens*

---

7 Se Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 105.
8 Jfr SOU 2001:26 s. 52.
9 Se SOU 1999:19 s. 29 ff.

gränser sätts å andra sidan närmast av marknadsföringrättens bestämmelser om renommésnyltning, men även av konkurrensrätten. Även inom kännetecknsrätten finns vissa fundamentala gränser för ensamrätten.

Här bör först och främst uppmärksammas att den kännetecknsrättsliga ensamrätten enligt huvudregeln endast gäller användning inom näringsverksamhet (se nedan avd. 5.2). Ett väsentligt undantag härifrån är namnrätten. Ett visst skydd har också i rättspraxis tillerkänts ideella föreningars namn.[10] Likaså gäller att det upphovsrättsliga titelskyddet får en vidare omfattning än vad som ges inom varukännetecknsrätten, eftersom upphovsrätten inte är begränsad endast till näringsverksamhet. Därtill kommer att kännetecknshavaren inte får utnyttja ensamrätten på ett sätt som ger kännetecknet en *vilseledande referens* eller *mening*. På liknande sätt begränsar förbudet mot användning av vilseledande och förargelseväckande kännetecken kännetecknshavarens möjligheter att förfoga över kännetecknets *mening* av vissa slag (se härom ovan avd. 4.5–6).

Kännetecknsrätten tjänar till att tillskapa och upprätthålla kännetecknets *referens*. Den tillhandahåller dock inte något absolut skydd för att den en gång givna *referens*en skall bestå. En följd av att ett kännetecken har registrerats eller att en beteckning hos omsättningskretsen förbinds med en viss näringsidkare eller ett visst företag, är endast att en juridisk rättighet skapas i den omfattning som ges av kännetecknsrätten.[11] Resultatet av registrering eller inarbetning ger således ingen total eller heltäckande äganderätt till kännetecknet. Bestämmelserna om s.k. *användningstvång* är ett exempel på det. Lagen ger inte heller något absolut skydd mot *degeneration*.

[10] Se NJA 1946 s. 767 (Skidfrämjandet); jfr Immaterialrätt s. 235; jfr härtill även Nilsson-Stjernquist, Föreningsfirmans funktion).

[11] Jfr Holmqvist i NIR 1975 s. 257.

5.1 Skyddsomfång

Skyddets omfattning är inte bara geografiskt betingat av registrering eller inarbetning, utan även materiellt av kännetecknets distinktivitet och uppfattningen om det inom omsättningskretsen. Ju mer distinkt ett kännetecken är, desto större blir dess skyddsomfång. Det utgör en väsentlig komponent i läran om kännetecknenskraft (se ovan avd. 3.3.1.4). *Holmqvist* konstaterade att skyddsomfånget var ett uteslutande resultat av den semantiska relationen mellan varumärkets och varuförteckningens *betydelseomfång*. Däremot inskränktes det konkurrensrättsliga skyddsomfånget för ett inarbetat märke till de varuslag, för vilka inarbetningen skett.[12] Om ett kännetecken är så inarbetat att det är *väl ansett*, ökar emellertid skyddsomfånget till att kunna omfatta även varuslag utanför inte bara de områden som det registrerades för, utan även de områden som det har inarbetats för. Om kännetecknet är *notoriskt känt,* omfattar skyddet normalt samtliga varuslag.[13] På det sättet fungerar notoritetsskalan – ibruktaget, inarbetat, registrerat, ansett, väl ansett, känt, väl känt, renommerat, välrenommerat, starkt inarbetat, synnerligen starkt inarbetat, känt inom vida kretsar av allmänheten, notoriskt känt och premiumkännetecken – till att verka som faktorer för hur förväxlingsbedömningen skall eller bör företas. I *Chiemsee*-avgörandet[14] uttalade EG-domstolen också att ju större särskiljningsförmåga eller renommé som ett kännetecken har, desto lättare är det att anse att en viss användning är till förfång (p. 30). Detta spelar roll, inte bara för kännetecken- och varuslagslikhetsbedömningen enligt 6 § andra stycket VmL, utan också för bevisbördefrågan i en konkret intrångstvist.

Kännetecknets skyddsomfång bör också påverka dess *mening* och *referens*. Ju större skyddsomfång som kännetecknet tillmäts, desto fler företeelser skall i så fall anses kunna omfattas av dess *referens*. Förhållandet synes bli mer komplicerat i fråga om *mening*. Starkt inarbetade kännetecken har ju antagits stå för en tydligare och mer preciserad *mening*

[12] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 80.
[13] Jfr loc. cit. och SOU 2001:26 s. 176 och 211.
[14] De förenade målen C-108/97 och C-109/97 (Chiemsee).

än svaga kännetecken med låg inarbetningsgrad. Emellertid medför det ökade skyddsomfång som starka kännetecken förtjänar, att också *meningens* gränser flyttas utåt. Skyddet kommer därför att avse inte bara kännetecknets genom inarbetning mer exakt förvärvade *mening*, utan kommer även att täcka gränsområden där kännetecknets *mening* är i avtagande, d.v.s. där *meningar* kan vara associativa.

5.2 Näringsverksamhet

Ensamrätten är enligt 4 § första stycket VmL begränsad till användning i *näringsverksamhet*. *E contrario* står det således envar fritt att använda annans kännetecken utanför näringsverksamhetsområdet. Inom kännetecknsrätten har antagits ett relativt vitt näringsverksamhetsbegrepp. Traditionellt talas om att användning av ett kännetecken i *avsättningsfrämjande syfte*, är att anse som användning i näringsverksamhet i varukänneteckensrättslig bemärkelse, men gränsen mellan näringsverksamhet och annan användning är fortfarande relativt oklar. Förklaringen till denna oklarhet synes finnas i ett antal skilda men samverkande faktorer. För det första anger lagen inga mer preciserade gränser. För det andra är den närmare gränsdragningen mycket knapphändigt beskriven i motiv och lika knapphändigt analyserad i doktrinen. För det tredje råder en påtaglig brist på praxis inom området. En förklaring till bristen på vägledande praxis kan antas finnas i bristen på vägledning i andra källor. Gjorda motiv- och doktrinuttalanden kan därtill antas vara föråldrade.[15]

Frågan om varumärkesrättens gräns mot tryckfriheten berördes i 1930 års ändringar av varumärkeslagen, genom vilka det varumärkesrättsliga skyddet utvidgades till att gälla även annan varumärkesanvändning än att anbringa varumärket på själva varan. Där konstaterades att tvekan möjligen kunde råda om inte ett förbud i varumärkeslagen mot begagnande av annans varumärke i annonser, priskuranter, cirkulär

[15] Jfr Nordell i NIR 2003 s. 410.

och annat affärstryck krävde motsvarande ändring i tryckfrihetsförordningen. Så ansågs emellertid inte vara förhållandet.

> I propositionen anfördes vidare att det i TF visserligen uttalades att ingen fick i annan ordning eller i annat fall än vad som stadgades i TF, för tryckt skrifts innehåll tilltalas eller straffas. Men att därav skulle följa att ett sådant nyttjande av annans varumärke kunde beivras endast om ansvar därför var stadgat i TF, torde näppeligen böra antas. Om så vore, skulle följdriktigt detsamma gälla också i fråga om ett begagnande av annans märke i en bruksanvisning. Vad som straffades var inte publiceringen av det tryck vari annans varubeteckning förekom, utan användningen av beteckningen eller det tryck där den förekom, *i näringsverksamhet för kännetecknande av egna varor*, d.v.s. ett användande på sådant sätt att eventuella kunder kunde bibringas uppfattningen att de salufördа varorna härstammade från ett visst annat företag eller var av dess välkända kvalitet. Förhållandet var analogt med det fall att ett bedrägeribrott begicks med hjälp av en tidningsannons.[16]

I ett närmast klassiskt doktrinuttalande av *Knoph* ansågs det, utan närmare utveckling, stå envar fritt att använda annans kännetecken som tapetmönster.[17] Giltigheten i dag av *Knophs* uttalande är på många sätt betänklig. Det följer dels av uttalandets generalitet, dels av de förändringar av marknadsstrukturer som skett under den tid som förflutit sedan uttalandet gjordes. Trenden att allt fler företeelser och beteenden tenderar att omfatta allt fler immateriella rättsskydd, kan ge upphov till ett antagande att synen på vad som är användning i näringsverksamhet torde ha vidgats, inte bara sedan 1936, utan även – och inte minst – sedan VmLs tillkomst år 1960. Om en skyddsstrategi skall ha framgång ligger det i kännetecknshavarens intresse att värna skyddet mot alla slags angrepp, vilket kan antas ha lett till att innehavare av många välrenommerade kännetecken, genom sitt offensiva marknadsagerande har kunnat flytta skyddspositionerna. Om man så ser till exemplet att ett kännetecken används som tapetmönster, blir frågan om dess användning som känne-

[16] Prop. 1930:215 s. 9; jfr Nordell i NIR 2003 s. 410 samt Persson, Exklusivitetsfrågan. Om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt (cit. Exklusivitetsfrågan) s. 88.

[17] Knoph s. 449. Exemplet är emellertid kanske illa valt med tanke på denna undersöknings begränsning till ordkännetecken.

tecken i näringsverksamhet i en modernare kännetecknensrättslig verklighet en funktion närmast av vilket kännetecken det är fråga om, hur det kommer till uttryck på tapeten samt hur, på vilket sätt och av vem som tapeten marknadsförs. Om den som utnyttjar kännetecknet, gör det för att dra nytta av den *mening* som finns i kännetecknet, bör det kanske uppfattas som intrång.[18]

Ett näraliggande gränsdragningsproblem i fråga om användning i näringsverksamhet gäller gränsen mot litterär och konstnärlig verksamhet och annan kulturellt relaterad verksamhet – inklusive satir – liksom även mot journalistisk verksamhet. Några legala hinder finns ju i princip inte mot att t.ex. en upphovsman använder annans kännetecken i sin skapande verksamhet, så länge det inte framstår som egen kännetecknensanvändning.[19] Även om det inom ramen för sådan verksamhet enligt huvudregeln, bör stå envar fritt att använda annans kännetecken, kvarstår faktum att konstnärer och författare, journalister m.fl. i dag som regel verkar inom ramen för en eller annan avsättningsfrämjande verksamhet.

> Enligt kännetecknensrättsliga huvudregler erhålls ju ensamrätt emellertid endast inom varuslaget. Normalt skulle alltså inget hindra upphovsmannen till ett kännetecken som genom överlåtelse eller eljest tillkommer annan att själv använda verket i marknadsföring för sig själv, eller att licensiera rätten att använda sitt verk för andra ändamål, inklusive som kännetecken inom andra varuslag, till någon annan.[20]

Att det, på grund av allmänna yttrandefrihetsrättsliga principer, bör finnas ett krav på frihållning att använda annans kännetecken i rent opinionsbildande syfte, är i vart fall för svensk rätts del ställt utom allt tvivel. Frågan om gränsdragningen mellan kännetecknensanvändning i näringsverksamhet och användning i redaktionella sammanhang under den grundlagsskyddade tryck- och yttrandefrihetsrätten prövades av HD i ett avgörande, där en ungdomstidning hade bilagt en almanacka, på vil-

[18] Jfr Nordell i NIR 2003 s. 414.
[19] Nordell i NIR 2002 s. 110 f.
[20] Jfr op. cit. s. 110.

ken funnits bilder av skådespelarna i TV-serien *Tre Kronor*. Tidningen hade nedtill på omslagets framsida haft texten ”MegaPoster & almanacka med TRE KRONOR och METALLICA”. I reklam för tidningsnumret i radiokanalen *NRJ* hade också angivits bland annat att som bilaga medföljde ”en megaposter med *Metallica* och *Tre Kronor*-kalendern”.[21]

> Enligt domstolen var användningen i tidningen av namnet *Tre Kronor* inte av utpräglat kommersiell natur, varför åtgärden omfattades av TFs skydd. Det motsatta ansågs dock gälla för radioreklamen. Den hade uppenbart ingått som ett led i marknadsföringen av tidningen och därigenom haft ett utpräglat kommersiellt syfte. Något skydd i yttrandefrihetsgrundlagen för denna användning förelåg inte.

Även om huvudregeln, i vart fall i dag, kan antas vara att det står envar fritt att använda annans kännetecken utanför det som visserligen traditionellt sett antas vara en vidare definition av begreppet näringsverksamhet, bör kanske även nyare marknads- och även kulturbeteenden ses i ljuset av den *urvattningsrisk* (jfr ovan avd. 4.7) som sådan användning kan föra med sig. En alltför vittgående och okontrollerad konstnärlig, litterär, journalistisk, parodierande eller satirisk användning av annans kännetecken kan verka försvagande eller urvattnande på kännetecknets *de facto*-särskiljningsförmåga. Det kan samtidigt uppfattas som ett otillbörligt utnyttjande av den *mening* som finns i kännetecknet i fråga. I den belysningen kan den nordiska lagstiftningen som ju saknar ett effektivt urvattningsskydd, betraktas som bristfällig, men fråga är ändå ytterst, om inte tryck- och yttrandefrihetsrätten, inte minst med tanke på svensk rättstradition och i ljuset av *Tre-Kronor*-avgörandet, sätter en välbalanserad gräns mot eventuella ökade krav på utsträckningen av kännetecknensrättens skyddsområde.[22] En annan fråga är om MD följer samma linje (jfr vidare nedan avd. 6.1).

---

[21] NJA 2003 s. 25 (Tre Kronor).

[22] Se Nordell i NIR 2003 s. 414.

5.3 Åberopande

I lagen talas om *användning* (jfr 4 § första stycket VmL) och *åberopande* (jfr 4 § andra stycket VmL). I motiv och praxis och doktrin talas på åtskilliga ställen därtill även om, *begagnande* och *utnyttjande*.[23] Någon nämnvärd skillnad torde inte tillmätas dessa uttryck i dag.[24]

> Av motiven till VmL framgår dock att det skulle föreligga en skillnad mellan *användning* och *åberopande*. VFU uttalade att den som tillhandahöll reservdelar, inte utan medgivande fick använda annans skyddade beteckning som kännetecken för varan. Han var däremot ”i princip berättigad att omtala, att delarna lämpa sig för nämnda originalfabrikat. Detta är icke kännetecknsanvändning, såvida det sker på sådant sätt att misstag är uteslutet. I den föreslagna texten begagnas därför icke som i första stycket ordet ’använda’ utan i stället det mera omfattande men samtidigt neutrala ordet ’åberopa’.”[25]

Åberopande av annans kännetecken avser ett varierande antal företeelser som teoretiskt sett kan sägas utgöra förväxlingsbarhetens yttre gränser, men i realiteten framstår *åberopande* av annans kännetecken som en egen företeelse.[26] Inom området för vad som kan kallas för åberopande kan uppfattas ett spektrum där gränsen åt det ena hållet går vid piratkopiering eller counterfeiting. Att marknadsföra piratkopior eller counterfeitvaror medför således närmast ett åberopande av den *referens* som finns i annans kännetecken. Åt det andra hållet går gränsen mot skilda former av anspelningar[27] och associationer till annans kännetecken eller kommersiella ursprung. Då är det närmast fråga om ett utnyttjande av eller en anspelning på den *mening* som finns i ett visst kännetecken. Man kan i det hänseendet kanske tala om ett *åberopandeobjekt*,[28] som

---

[23] Jfr Nordell i NIR 1992 s. 482.

[24] Jfr NJA 1998 s. 474 (Volvoservice), där domstolen talar ömsom om användning och åberopande; jfr härtill Pehrson i JT 1998-99 s. 393.

[25] SOU 1958:10 s. 243.

[26] Jfr Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 103.

[27] Jfr Levin i SvJT 1992 s. 705 ff.

[28] Jfr Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 101.

på skilda sätt kan ge uttryck åt kännetecknets *mening* och *referens*. Eftersom åberopande av annans kännetecken kan komma i fråga, inte endast i vad avser kännetecknsrätt i snävare bemärkelse, utan även i vad avser ett marknadsrättsligt skydd för kännetecken, kan här slutligen ifrågasättas om marknadsföringslagstiftningen i dag ändå inte ytterst tillhandahåller ett objektsskydd. Objektet blir i så fall det föremål som otillbörligt utnyttjas, något som i sig kan vara eller uppfattas som ett kännetecken (jfr vidare nedan kap. 6 och s. 518).

Ett i doktrinen[29] mycket uppmärksammat avgörande som gäller gränsen för varumärkesanvändning, är det underrättsavgörande där TRn slog fast att *Mazdas* reklam med texten ”Mazda 929 Legato. Familjens nya Rolls” ansågs utgöra intrång i rätten till kännetecknet *Rolls-Royce*.[30]

> Enligt TRn hade marknadsföringsåtgärden vidtagits i avsikt att åstadkomma en statushöjande effekt för det egna marknadsförda märket. Användningen av varumärket hade därmed medfört risk för att kännetecknet skulle förlora sin särskiljningsförmåga. Enligt domstolen hade åberopandet inte skett på ett sådant sätt att det kunde anses som en tillåten form av jämförande reklam. Åtgärden innebar därmed en otillåten användning av varukännetecknet *Rolls*, vilken var att bedöma som varumärkesintrång.

Rent principiellt kan ifrågasättas om en sådan åtgärd omfattas av varumärkesrätten sådan den har kommit till uttryck i lagen, nämligen att det skall vara fråga om att använda kännetecknet *för sina varor*. I det aktuella avgörandet kan man väl knappast säga att *Mazda*-företaget använde kännetecknet *Rolls* som kännetecken *för sina bilar*. Även om avgörandet saknar prejudikatvärde, kan det nog ändå antas ge uttryck för gällande rätt, vilket medför att lokutionen ”för sina varor” inte skall tolkas snävt utan snarare såsom all varumärkesanvändning i näringsverksamhet. Men frågan om var gränsen skall dras kan uppfattas som oklar. Marknadsföring av en bil, där bilen visas i bild på en parkeringsplats

---

[29] Bernitz i NIR 1981 s. 41 ff.; se dens., Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 176 ff.; Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 104.

[30] Uppsala tingsrätt dom den 11 dec. 1980 (Mazda).

bland andra välrenommerade bilar, har i doktrinen t.ex. ansetts inte utgöra varumärkesintrång, eftersom det inte ansågs vara fråga om *användning* av annans *varumärke*.[31]

Ett firmarättsligt avgörande gällde interimistiskt beslut om vitesförbud att använda firman *Netscape Europe AB* (*NE*). *NE* hade varit återförsäljare av *Netscape Svenska Aktiebolags* (*NCC*) produkter och fråga var i vad mån *NCC*s kännetecken utnyttjats som kännetecken för *NE*s verksamhet.[32]

> Enligt HD följde av allmänna varumärkesrättsliga grundsatser att den som vidareförsålde varor vilka av honom försetts med ett varumärke, var berättigad att tillhandahålla varorna under det av fabrikanten åsatta märket och att på vedertaget sätt använda märket, t.ex. i annonser och annan reklam för varan.[33] *NE* hade således inte redan genom att marknadsföra produkter med beteckningen *Netscape* gjort sig skyldigt till varumärkesintrång, och företaget borde inte generellt förbjudas att använda denna beteckning vid marknadsföring av *NCC*s produkter. Emellertid hade beteckningen *Netscape* använts på ett sätt som gav intryck av att det förelåg ett kommersiellt samband mellan företagen. Detta hade skett bland annat genom att varukännetecknet *Netscape* hade använts på samma sätt som *NCC* mot en svartgrön bakgrund och med skimrande bokstäver. *NCC* ansågs därför ha gjort sannolikt att intrång förelåg i rätten till varukännetecknet.

Förutsättningarna för åberopande av annans varumärke har också prövats av EG-domstolen i ett par avgöranden. I det ena avgörandet var fråga om den engelska fotbollsklubben *Arsenal*, som registrerat varumärket med samma namn för bland annat kläder, kunde hindra annans marknadsföring av halsdukar och andra supporterartiklar märkta med *Arsenals* kännetecken. Den fristående leverantören av varor märkta med *Arsenal* hade på en affisch i sin försäljningsbod förklarat att det *inte* rörde sig om officiella *Arsenalprodukter*. Han hade också gjort gäl-

---

[31] Pehrson i NIR 1989 s. 531; se om denna typ av marknadsföring Imagetransfer s. 51 ff.

[32] NJA 1998 s. 179 (Netscape).

[33] HD åberopade här NJA 1967 s. 458 (Polycolor) och NJA 1988 s. 543 (Levi's I).

lande att kännetecknet inte användes för att indikera ett visst kommersiellt ursprung, utan för att visa stöd för fotbollslaget.[34]

> Domstolen konstaterade att användningen av varumärket kunde ge intryck av att det faktiskt fanns ett materiellt samband i näringsverksamhet mellan de berörda produkterna och varumärkesinnehavaren (p. 56). Den slutsatsen kunde inte ifrågasättas av att leverantören på skyltar i sin försäljningsbod angivit att produkterna inte var *Arsenal FC*s officiella produkter. Det kunde nämligen inte uteslutas att vissa konsumenter tolkade tecknet som ett bevis på att produkterna härrörde från *Arsenal FC*. Detta gällde bland annat om produkterna förebringades konsumenterna efter det att de sålts av leverantören och således lämnat försäljningsboden där skylten var uppsatt (p. 57). Eftersom produkterna inte härrörde från *Arsenal FC* eller dess godkända återförsäljare, tillhandahölls de utom den kontroll som *Arsenal FC* utövade i egenskap av varumärkeshavare (p. 59). Under dessa omständigheter kunde användningen av ett varumärke äventyra den ursprungsgaranti som var varumärkets grundläggande funktion.[35] Det var följaktligen fråga om en användning som varumärkeshavaren med stöd av art. 5.1 i direktivet kunde motsätta sig (p. 60). Eftersom tredje mans användning av varumärket kunde inverka på produktens ursprungsgaranti och varumärkeshavaren måste kunna motsätta sig denna användning, kunde användningen inte uppfattas som ett bevis på stöd för lojalitet eller tillhörighet med varumärkeshavaren (p. 61).

I det andra avgörandet, som är av något mer speciell karaktär, var fråga om en muntlig hänvisning till annans varumärke vid förhandlingar med en potentiell köpare, i syfte endast att beskriva varornas egenskaper och således inte att ange deras kommersiella ursprung, kunde utgöra varumärkesintrång. Fråga var om särskilda benämningar på slipningar av ädelstenar, vilka hade registrerats som varumärke.

> Enligt EG-domstolen innebar den aktuella märkesanvändningen inte intrång i de rättigheter som avsågs att skyddas genom direktivets art. 5.1. De påverkades inte när:

---

[34] Mål C-206/01 (Arsenal).

[35] Domstolen åberopade här mål 102/77 (Hoffmann-La Roche) och mål C-299/99 (Philips).

”- tredje man hänvisar till varumärket i en affärsförhandling med en presumtiv kund som är juvelerare till yrket,
- hänvisningen görs i helt beskrivande syfte, nämligen för att ge den presumtive kunden som känner till egenskaperna hos de produkter som är försedda med det berörda varumärket, kännedom om den marknadsförda produktens egenskaper,
- den presumtive kunden inte kan tolka hänvisningen till varumärket som en angivelse av varans ursprung” (p. 16).

Det var enligt domstolen inte nödvändigt att i förevarande mål ytterligare utveckla vad som utgjorde varumärkesanvändning i den mening som avses i art. 5.1 a och b i direktivet. Art. 5.1 skulle tolkas så att innehavaren av ett varumärke inte kunde åberopa sin ensamrätt när tredje man i affärsförhandlingar öppet visade att varan härstammade från hans egen produktion och använde varumärket i fråga enbart för att beskriva den erbjudna varans särskilda egenskaper, så att det var uteslutet att det använda varumärket uppfattades som en uppgift om att varan kom från en viss näringsidkare (p. 17).

Avgörandet visar tydligt på en kasuistisk bedömning av ett slag som sällan präglar EG-domstolens motiv. Detta kan med stor säkerhet också läggas till grund för ett antagande att det inte bör ges någon generell giltighet, utan tar sikte endast på förutsättningarna i det enskilda fallet. Fråga är väl närmast om det inte mellan raderna kan utläsas att varumärkesrätten inte är ämnad att kunna användas för en viss ädelstensslipning, eftersom benämningen på en sådan snarare får en *referens* till själva slipningen, och därmed inte en kommersiell *mening*.[36] Överförd till andra praktiska situationer, är det väl, med hänsyn till urvattnings- och degenerationsriskerna (jfr ovan avd. 4.7) antagligt, att man inte får ange t.ex. en spånskiva av ett visst slag som en *masoniteskiva*, om den är av annat märke än *Masonite*.

[36] Jfr dock Wessman, enligt vilken en sådan hänvisning ledde varken till risk för förväxling rörande varornas kommersiella ursprung eller till en skada för det äldre märkets anseende. Den påverkade således inte varumärkets garanti- och reklamfunktioner (Varumärkeskonflikter s. 345).

5.4 Reservdelar, tillbehör och service

I 4 § andra stycket VmL stadgas att som otillåten användning anses att någon vid tillhandahållande av reservdel, tillbehör eller liknande som lämpar sig för annans vara, åberopar dennes kännetecken på sådant sätt, att det kan ge sken av att vad som tillhandahålls kommer från kännetecknets innehavare eller av att denne medgivit kännetecknets användning.[37]

Även om det naturligtvis är i kännetecknenshavarens intresse att kunna kontrollera hur hans kännetecken används, har undantagsstadgandet i 4 § andra stycket VmL motiverats av *konsumentintressen*. I marknadsföring av reservdelar eller tillbehör får ju något *misstag om varornas kommersiella ursprung inte uppkomma*. Enligt motiven måste åberopande av annans kännetecken ske under iakttagande av noggranna säkerhetsmått.[38] Bestämmelsen utgör också ett skydd mot att kännetecknenshavaren skall få monopol på den s.k. eftermarknaden. I praktiken är det endast fungerande andrahandsmarknader för märkesvaror som är av betydelse. I en särställning står bilmarknaden.[39] I motiven till 1960 års lag uttalades att det måste finnas ett befogat intresse för åberopandet, eftersom det annars skulle försvåra för näringsidkaren att meddela vad reservdelen skulle användas till. Det åberopade kännetecknet fick dock inte användas i större utsträckning än vad som vore nödvändigt för identifikationen. Om det var uppenbart att reservdelen eller tillbehöret kunde användas till en viss produkt, t.ex. tändarvätska till cigarettändare, förelåg enligt motiven inget befogat intresse.[40] Om det däremot tydligt angavs att varorna inte var märkesvaror, kunde intrång undvikas trots varumärkesanvändningen. En sådan *icke-originalklausul* måste vara beroende av de särskilda omständigheterna, där bland annat kutym

---

[37] Delar och tillbehör har ansetts vanligen tillhöra samma varuslag som huvudvaran (SOU 1958:10 s. 256 f.; jfr ovan s. 283).

[38] SOU 1958:10 s. 244.

[39] Se Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 105 ff.

[40] SOU 1958:10 s. 243; prop. 1960:167 s. 64; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 339; Bernitz i NIR 1981 s. 43 f.

inom en viss bransch borde tillmätas betydelse. Om det i en bransch vanligen förekommer icke-originaldelar fick bedömningen vara mindre sträng.[41] Även sådant åberopande skall anses otillåtet, vilket leder till att köparen får klart för sig att det inte är originalvaror, men där han genom kännetecknsanvändningen bibringas uppfattningen att tillverkningen skett med kännetecknshavarens medgivande eller att denne garanterat de ifrågavarande delarna etc., eller att någon form av samverkan eller annars något samband finns dem emellan.[42] Härigenom får kännetecknets garantifunktion (jfr ovan avd. 2.3), åtminstone indirekt, betydelse i intrångsbedömningen.

Någon större mängd domstolsavgöranden som belyser gränsdragningarna enligt 4 § andra stycket VmL finns inte. Gränserna för det fria utnyttjandet av annans kännetecken har ändå i olika hänseenden kommit att belysas i praxis, såväl direkt som indirekt. I marknadsföring av kännetecknsskyddade reservdelar m.m. har det i svensk praxis ansetts otillåtet att använda annans figurmärke eller logotyp eller att särskilt betona märket med versaler eller annat typsnitt än övrig text. Från äldre tid kan nämnas NJA 1936 s. 118 (Mc Cormick, Deering).

> Ett företag hade tillverkat och sålt vad som inte var originaldelar till jordbruksmaskiner av två olika märken. Märkena hade anbringats på förpackningar till reservdelar samt i prislistor och kataloger. HD fann att det bara var när det med mindre textstorlek än övrig text upplysts om att varorna inte var originaldelar som åtgärderna utgjorde intrång.

I ett par hovrättsavgöranden från tiden efter tillkomsten av VmL[43] ansågs näringsidkare, som marknadsförde både originaldelar och icke originaldelar till *Volkswagenbilar*, ha gjort varumärkesintrång genom att

---

41 SOU 1958:10 s. 243 f.; jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 340; se vidare Heiding s. 48 ff.; jfr Nordell i NIR 1992 s. 486.

42 SOU 1958:10 s. 244.

43 Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 21 oktber 1964 (Volkswagen I) (HD meddlad inte prövningstillstånd) och Hovrätten för Västra Sverige dom den 12 november 1965 (Volkswagen II).

använda både ordmärket *Volkswagen* och *Volkswagens* figurmärke i marknadsföringen av vad som inte var originaldelar.

Frågan om marknadsföring av reservdelar eller tillbehör har sedan kommit att prövas i ett avgörande från tiden efter införlivandet med svensk rätt av Varumärkesdirektivet, varvid domstolen varit skyldig att tillämpa 4 § VmL mot bakgrund av art. 6 Varumärkesdirektivet. Avgörandet gällde tillhandahållande av rakblad passande till *Gillettes* rakhyvlar *Gillette Sensor* och *Gillette SensorExcel*.[44] Fråga här var kanske i synnerhet vad som var huvudvara och vad som var tillbehör.

> HovRn konstaterade att rakdonet bestod av två delar som båda var utbytbara. Rakkassetten kunde därför inte benämnas som reservdel och möjligen heller inte som tillbehör till skaftet. Begränsningen i ensamrätten var emellertid inte inskränkt till reservdelar och tillbehör, utan var också tillämplig på ”liknande” produkter. Eftersom rakdonets båda delar kunde sägas utgöra ersättningsdelar till varandra, var rakkassetten att anse som ”liknande” produkt i lagens mening. Eftersom även andra detaljhandelsföretag än *KF* sålt samma produkter utan att använda *Gillettes* varumärke, kunde det inte sägas vara absolut nödvändigt att ange att de passade till *Gillette*. Emellertid kunde det finnas ett befogat intresse av att tala om att varan passade till en produkt av visst fabrikat. Den inskränkningen syftade till att motverka att varumärkeshavaren i praktiken fick en ensamrätt till eftermarknaden, vilket annars skulle få starkt konkurrensbegränsande effekter. Kunden kunde därför ha ett berättigat intresse av en upplysning som underlättade för honom att köpa rakblad som passade till den hyvel som han hade. *KF*s åberopande av *Gillettes* varumärke fick därför anses ha varit nödvändigt. Det måste emellertid också vara förenligt med god affärssed. Det fick inte ge sken av något kommersiellt samband mellan företagen. Eftersom textens typsnitt och stilgrad inte avvek från den övriga texten och eftersom det förutom *KF*s figurmärke fanns upplysningar om att rakbladen tillverkats för *KF* i USA av *American Safety Razor Company*, framgick det enligt HovRn klart att rakbladen inte tillverkats av *Gillette*. Åberopandet ansågs därför stå i överensstämmelse med god affärssed.

---

[44] Svea HovR dom den 5 juni 2001 (Gillette) (DH meddelade inte prövningstillstånd). Se om avgörandet Pawlo i NIR 2002 s. 437.

I *Gillette*-avgörandet var det således fråga främst om kännetecknets *referens*, d.v.s. i vad mån omsättningskretsen skulle kunna bibringas uppfattningen att det förelåg ett *kommersiellt samband* mellan företagen.

På samma sätt som vid tillhandahållande av reservdelar och tillbehör, kan det finnas intresse av att använda annans kännetecken vid reparation och service. En reparatör kan ju ha ett befogat intresse av att informera om att han utför reparation av varor av visst märke. Detta blir mer intressant på vissa marknader, nämligen dem för kapitalvaror med lång livslängd. Gränsen mellan vad som är att anse som tillhandahållande av *tillbehör* eller som en *serviceåtgärd* är inte heller alltid skarp. Detta illustreras av NJA 1988 s. 183 (Sodastream), som gällde rätten att fylla och därefter åter föra ut gascylindrar avsedda för läskedrycksapparater för hemmabruk. Cylindrarna var märkta med varumärke, vars rätt innehades varken av återfyllningsföretaget eller de företag som tillhandahöll de återfyllda cylindrarna.

> För att åtgärden skulle betraktas endast som en serviceåtgärder, talade i någon mån att gasen i sig utgjorde ett nödvändigt tillbehör till läskedrycksapparaten. För att det skulle uppfattas som försäljning av koldioxid med begagnande av cylindrarna som förpackning för gasen, talade emellertid att kostnaden för en gaspåfyllning var jämförelsevis ringa i förhållande till cylinderns värde. Återfyllningsverksamheten hade i praktiken bestått i, att man från grossister i olika leveranser mottagit ett antal tomma cylindrar, vilka grossisten i sin tur fått från olika detaljister. Efter påfyllningen av cylindrarna hade de returnerats till vederbörande grossist. Mot denna bakgrund torde befattning med cylindrarna, vilken bara till en del kunde betecknas som en tjänst, framstå mer som försäljning av koldioxid än som ett antal separata serviceåtgärder. Domstolen konstaterade sedan att det fanns en speciell omständighet som avvek från det vanliga varumärkesintrånget. I detta fall var det nämligen kunden (här en grossist) som tillhandahöll de märkta cylindrarna. Detta företag kunde ju knappast ha vilseletts om gasens kommersiella ursprung. Det ansågs emellertid klart att återfyllningsföretaget måste ha varit medvetet om att missuppfattning om det kommersiella ursprunget kunde uppstå i konsumentledet. Åtgärden ansågs därför utgöra varumärkesintrång.[45]

[45] Se om avgörandet Karnell i JT 1989/90 s. 646 ff.

Rätten att använda annans kännetecken vid reparation och service prövades i NJA 1998 s. 474 (Volvoservice), som gällde frågan om otillåten användning av annans varumärke vid service av *Volvobilar*. Ett företag, *DS Larm*, som inte var en av *Volvo* auktoriserad verkstad och inte hade något från *Volvo* härrörande uttryckligt tillstånd att använda varumärket, hade dels besvarat inkommande telefonsamtal med ordet *Volvoservice*, dels använt beteckningen *Volvoservice* på skyltar vid verkstadslokalen.[46]

> Med hänvisning till motiven,[47] slog HD fast att direktivets art. 6.1 c motsatsvis kunde utläsas av 4 § andra stycket VmL. Sålunda fick en verkstad som inte var auktoriserad av *Volvobolaget* använda *Volvo* som märke för att upplysa om att den tillhandahöll service av *Volvobilar*. Användningen av kännetecknet var tillåten om den skedde så att varje misstag om kommersiellt samband med innehavaren var uteslutet. Åberopandet av märket fick inte ske så att det ens kunde ge sken av sådant samband.[48] *DS Larm* använde emellertid varumärket *Volvo* som kännetecken för sina egna tjänster. Användningen var därför inte tillåten enligt 4 § andra stycket VmL. Omständigheten att *DS Larm* använde *Volvobolagets* originaldelar i sin verksamhet medförde inte någon annan bedömning.

Med tanke på att det föreligger en viss – kanske inte helt obetydlig – skillnad mellan direktivets art. 6.1 c och 4 § andra stycket VmL (jfr ovan s. 394 f.), är det anmärkningsvärt att HD inte begärde förhandsbesked från EG-domstolen,[49] något som domstolen är skyldig att göra när oklarhet råder om hur EG-rätten skall tolkas.[50] Det gäller inte minst som HD uttryckligen åberopade direktivet i sina domskäl. Anmärkningsvärt är också att HD, medveten om att frågan förelåg för bedömning i EG-

---

[46] Se om avgörandet Pehrson i JT 1998-99 s. 390 ff. samt Nordell i NIR 1998 s. 760 ff.

[47] Prop. 1992/93:48 s. 86.

[48] I motsats till underrätterna ansåg HD emellertid inte att ordet *Volvo* utgjorde en sådan beskrivande uppgift som avses i 3 § första stycket VmL (dvs. ”uppgifter om varornas art, kvalitet, kvantitet, avsedda ändamål, värde och geografiska ursprung, tidpunkten för deras framställande eller andra egenskaper hos varorna”).

[49] Jfr Pehrson i JT 1998-99 s. 396 och Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 107 f.

[50] Se Europafördraget art. 234 2–3; Jfr Bernitz/Kjellgren, Europarättens grunder, 2 uppl. s. 150 f.

domstolen, inte inväntade EG-domstolens avgörande i det s.k. *BMW*-avgörandet.[51]

> I fråga om reparation och service uttalade EG-domstolen i *BMW*-avgörandet att användningen av ett varumärke, utan innehavarens tillstånd, i syfte att upplysa allmänheten om att ett tredje företag utförde reparationer och underhåll av produkter som bar detta varumärke, eller att företaget var specialiserat eller specialist på sådana produkter, utgjorde sådan användning av ett varumärke som avses i art. 5.1 a i direktivet. (p. 42). Enligt domstolen var det inte möjligt för en varumärkeshavare att förbjuda tredje man att använda ett varumärke för att genom annonsering upplysa allmänheten om att han utförde reparationer och underhåll av produkter som bar detta varumärke, vilka hade förts ut på marknaden av innehavaren eller med dennes samtycke, eller att han var specialist på försäljning eller reparationer och underhåll av sådana produkter, om inte varumärket användes på ett sådant sätt att det kunde förefalla som om det förelåg ett ekonomiskt samband mellan det tredje företaget och varumärkeshavaren, och särskilt att återförsäljarföretaget ingick i varumärkeshavarens återförsäljarorganisation eller att det förelåg ett särskilt samband mellan de två företagen (p. 64).

Enligt *Lidgard* var den goda affärssed, som Varumärkesdirektivets art. 6 hänvisar till, en lojalitetsplikt gentemot känneteckenshavarens berättigade intressen och överensstämde med den som återförsäljare är underkastade när de använder annans varumärke för att annonsera om återförsäljning av varor som bär det märket. Tolkningen av art. 6 och 7 skulle förena varumärkesskyddet med den fria rörligheten för varor och tjänster så att varumärkesrätten kunde upprätthållas i ett system med sund konkurrens.[52] Det bör därmed vara tillåtet att utnyttja annans kännetecken, så länge det inte kan tolkas som att utnyttjaren vill göra sken av att vara auktoriserad eller att han på annat sätt har en prioriterad relation till rättighetshavaren, d.v.s. en *referensgemenskap*.[53]

---

[51] Mål C-63/97 (BMW).

[52] Lidgard, Parallellhandel. Konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA (cit. Parallellhandel) s. 300 f.

[53] Op. cit. s. 301.

5.5 Konsumtion

Av varumärkesrättens konsumtionsregler följer att ensamrätten till en viss vara konsumeras i och med att kännetecknshavaren för ut den på marknaden. Idén är att när rättighetshavaren utnyttjat sin immaterialrätt, kan denna inte längre åberopas för att stoppa den vidare hanteringen med den fysiska varan.[54] Varan får då säljas fritt under sitt kännetecken. Enligt 4 a § första stycket VmL hindrar rätten till ett varukännetecken enligt 1–3 §§ inte att någon annan än innehavaren använder kännetecknet för varor som innehavaren, eller någon med innehavarens samtycke, under kännetecknet har fört ut på marknaden inom EES-området. Bestämmelsen motsvarar Varumärkesdirektivets art. 7.1.

Enligt 4 a § andra stycket VmL får varumärket inte användas av annan om varornas skick har förändrats eller försämrats sedan de förts ut inom marknaden eller när det finns någon annan *skälig grund* för innehavaren att motsätta sig användningen. Bestämmelsen motsvarar närmast direktivets art. 7.2, enligt vilken kännetecknshavaren får motsätta sig fortsatt marknadsföring om han har *skälig grund* för det.

> En motsvarighet till bestämmelsen i 4 a § VmL fanns tidigare i 4 § tredje stycket VmL. Enligt den gällde att om en vara tillhandahållits under ett visst kännetecken och den därefter hade förändrats eller försämrats, fick kännetecknet inte användas, när varan på nytt tillhandahölls i näringsverksamhet här i landet om inte förändringen tydligt angavs eller annars tydligt framgick. Den bestämmelsen fick sin dåvarande lydelse i och med 1993 års revision av VmL.[55]
>
> VK konstaterade i sitt delbetänkande att ordalydelsen i 4 § tredje stycket VmL var snävare än Varumärkesdirektivet, eftersom bestämmelsen i VmL endast behandlade förändringar av de omsatta varornas beskaffenhet, medan förändringar av varornas beskaffenhet eller skick i direktivets art. 7.2 endast utgjorde exempel på fall när varumärkeshavaren kunde motsätta sig fortsatt marknadsföring. Det framgick även av EG-domstolens dom i det s.k. *Dior*-avgörandet (se härom ovan s. 94 f.) att det sätt på vilket en vara

[54] Jfr op. cit. s. 295.
[55] Se Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 105.

> marknadsfördes kunde vara skäl för varumärkeshavaren att förbjuda fortsatt användning av varumärket. Bestämmelsen borde följaktligen ändras så att den bättre motsvarade direktivets art. 7.2. Eftersom bestämmelsen var en begränsning av rättens konsumtion, borde den därför införas som ett andra stycke i den nya 4 a § VmL.[56]

I motiven till den ursprungliga bestämmelsen angavs att det skulle vara otillåtet att reparera en vara med icke-reservdelar, lackera om varan och sedan åter förse den med det ursprungliga kännetecknet. Också sådana bearbetningar som dekorering av odekorerat porslin och impregnering av träfiberplattor ansågs otillåtna.[57] Av stadgandet följde motsatsvis att det var tillåtet att tillhandahålla en vara under annans varukännetecken, vilken endast obetydligt förändrats. Förändringen måste dock tydligt framgå av varans yttre. Någon noggrannare undersökning av varan skulle inte behöva göras. Att i en begagnad bil montera in delar som inte var avgörande för funktionen, eller i övrigt var sådana att de inte förändrade bilens yttre i större omfattning, har således ansetts tillåtet och sådana åtgärder skulle enligt motiven tillåtas i allt större omfattning ju äldre den blev.[58]

Också frågan om rätten att åberopa annans kännetecken vid försäljning av begagnade bilar prövades av EG-domstolen i det strax ovan berörda *BMW*-avgörandet.[59]

> Domstolen uttalade att en återförsäljare som sålde begagnade bilar av märket *BMW* och som verkligen var specialist eller specialiserad på försäljning av sådana bilar, i praktiken inte kunde upplysa sina kunder om detta utan att använda varumärket *BMW*. Således var det nödvändigt att i upplysande syfte använda varumärket *BMW* för att säkerställa rätten till fortsatt marknadsföring enligt art. 7 i direktivet. Sådan användning innebar inte att återförsäljaren drog otillbörlig fördel av varumärkets särskiljningsförmåga el-

[56] SOU 1999:19 s. 30 f.; prop. 1999/2000:93 s. 13 f.; jfr Nordell i Festskrift till Bernitz/NIR s. 108.

[57] SOU 1958:10 s. 246. I ett äldre avgörande, NJA 1933 s. 418 (Omega), ansågs en urgrossist göra varumärkesintrång genom att förse guldboetter och urtavlor till klockor av märket *Omega* med egna urverk.

[58] SOU 1958:10 s. 247; jfr Nordell i NIR 1992 s. 487.

[59] Mål C-63/97 (BMW).

> ler renommé. Det kunde utgöra skälig grund för förbud (jfr ovan) enligt art. 7.2 i direktivet att varumärket användes i återförsäljarens reklam på ett sådant sätt att det kunde ge intryck av att det förelåg ett ekonomiskt samband mellan återförsäljaren och varumärkeshavaren, och särskilt att återförsäljarens företag ingick i varumärkeshavarens återförsäljarorganisation eller att det förelåg ett särskilt samband mellan de två företagen (p. 54).

Intressant att uppmärksamma med anledning av *BMW*-avgörandet, är att lokutionen *ekonomiskt samband* inte förekommer i själva direktivtexten, men väl att domstolen påpekade att ett sådant kan vara *skälig grund* för förbud.[60]

5.6 Parallellimport

Principen om varumärkeskonsumtion är att varumärkeshavaren inte kan utöva sin ensamrätt sedan varorna förts ut på den gemensamma marknaden. Det innebär dock inte att skyddet har gått helt förlorat.[61] Marknadsföring av parallellimporterade varor tjänar som exempel på det. Sådan kan nämligen innebära renommésnyltning, och från konsumentsynpunkt bör parallellimport som medför vilseledande om kommersiellt ursprung inte tillåtas. Varumärkets funktion, att särskilja varorna, skulle ju annars äventyras.[62] Medan renommésnyltningsaspekten tar sikte närmast på kännetecknets *mening*, d.v.s. det mervärde som parallellimportören eller hans återförsäljare vill tillgodogöra sig genom marknadsföringen av de parallellimporterade varorna, avser den andra – vilseledandeaspekten – närmast varumärkets *referens*, d.v.s. att åstadkomma uppfattningen om ett kommersiellt samband mellan parallellimportör eller återförsäljare och kännetecknshavaren.

---

[60] Jfr Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 109.

[61] Jfr Parallellhandel s. 295.

[62] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 319 f.; Pehrson påpekade även att det kan vara svårt att uttala sig generellt om när två näringsidkare utgör samma kommersiella ursprung.

Någon särskild reglering om just marknadsföring av parallellimporterade varor finns inte, vilket kan ha bidragit till att en relativt omfattande praxis har bildats just inom detta område. Även om det rättsliga sakläget har förändrats som följd främst av utvecklingen inom EG-rättslig praxis, utgör det svenska, under lång tid tongivande s.k. *Polycolor*-avgörandet,[63] kanske fortfarande en naturlig utgångspunkt för beskrivning av områdets problemmatik och komplexitet.

> En näringsidkare hade, sedan han av tillverkaren vägrats leverans av hårfärgnings- och hempermanentningspreparat, själv importerat och i Sverige salufört preparaten till detaljhandlare. Han hade därtill fogat svenska bruksanvisningar försedda med preparatens skyddade varumärken.[64] Enligt HD ansågs åtgärden, att förse varan med varumärkesförsedda bruksanvisningar, men inte själva tillhandahållandet av varorna, utgöra varumärkesintrång. Domstolen anförde att det av varumärkesrättsliga grundsatser följde att den som sålde märkta varor vidare hade rätt att tillhandahålla varan under det av fabrikanten åsatta märket. Vidareförsäljare borde även äga rätt att *på övligt sätt* använda märket, exempelvis i annonser och annan reklam för varan. Däremot kunde han inte anses äga rätt att själv förse varan eller dess förpackning med varumärket. Varumärkesintrång förelåg i regel om han t.ex. märkte varan på nytt eller anbragte varumärket på en av honom själv anskaffad förpackning.

Avgörandet ger uttryck åt en mycket restriktiv inställning till möjligheterna för annan än varumärkeshavaren att förfoga över varumärket i näringsverksamhet. I denna del förmedlas intrycket att gränsdragningen skall göras i analogi med VFUs precisering av gränserna kring 4 § andra stycket VmL, angående marknadsföring av reservdelar och tillbehör (jfr ovan s. 407 f.).[65] Som ett *obiter dictum*, uttalades i *Polycolor*-avgörandet att den som *sålde en vara vidare på övligt sätt borde äga rätt att använda märket t.ex. i annonser och annan reklam för varan*. Användning av annans varumärke kunde alltså vara tillåten under förutsättning att

---

[63] NJA 1967 s. 458 (Polycolor).
[64] Se om avgörandet Noveller s. 149 ff.
[65] Jfr Bernitz i NIR 1981 s. 49.

den företogs på *övligt sätt*. Även om ordet *övlig* stundom använts i den kännetecknsrättsliga doktrinen,[66] verkar någon mer preciserad bestämning av vad som skall avses härmed inte finnas i äldre kännetecknsrättslig doktrin.[67]

Viss vägledning om gränsdragningen enligt denna regel ger dock ett senare avgörande av HD angående åberopande vid parallellimport. Fråga var om parallellimport av jeans av märket *Levi's*.[68] Den näringsidkare som marknadsfört de parallellimporterade varorna hade framställt postkort, på vilka den varumärkesskyddade läderetikett som fästs på jeansen hade avbildats. På kortens baksida angavs att dels original *Levi's* jeans, dels original *Lee Riders* erbjöds med omgående leverans. Postkorten hade skickats till detaljister och andra uppköpare.[69]

> HovRn, vars dom fastställdes av HD, anförde, med hänvisning till *Polycolor*-avgörandet att HD, genom att använda uttrycket *på övligt sätt*, markerat att vidaresäljarens rätt att begagna varumärket måste vara underkastat vissa begränsningar. Var gränsen för en tillåten användning gick, måste göras från fall till fall med hänsyn tagen till varans beskaffenhet, varumärkeshavarens intresse av att skydda märket samt vidareförsäljarens och den enskilde konsumentens intresse av korrekt information om varan, liksom det allmännas intresse av att främja en fri konkurrens. Som en utgångspunkt borde enligt HovRn gälla, å ena sidan att det borde vara tillåtet att låta varumärket komma till synes i samband med att själva varan exponerades i annonser, skyltfönster eller andra reklamsammanhang. Å andra sidan borde förhållandet att någon marknadsför en parallellimporterad produkt inte innebära att han fick använda produktens varumärke i sin marknadsföring på sådant sätt att han tillgodogjorde sig märkets *goodwill* för sin egen rörelses del genom att denna sammankopplades med varumärket. Domstolen fann marknadsföringsåtgärden utgöra varumärkesintrång, eftersom den gav anledning att anta att en sådan koppling förelåg mellan den marknadsförda varan och parallellimportören, vilken innebar obehörigt användande av *Le-*

[66] Se Eberstein, Några varumärkesrättsliga spörsmål, Stockholm 1915 s. 26.

[67] Enligt Bernitz skulle övlig i detta sammanhang betyda *sedvanlig* eller *i överensstämmelse med god sed* (Bernitz i NIR 1981 s. 50); jfr Svenska Akademiens ordlista.

[68] NJA 1988 s. 543 (Levi's I).

[69] Se om avgörandet Noveller s. 148.

vi's goodwill. (Två justitieråd var skiljaktiga och yttrade att käromålet skulle ogillas, eftersom varumärkesanvändningen inte var av sådan beskaffenhet att den kunde anses otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare.)

I *Levi's I*-avgörandet betonades uttryckligen att gränserna för det fria utnyttjandet måste avgöras från fall till fall.[70] De möjligheter som gavs för en parallellimportör att använda kännetecknet i *marknadsföring* enligt detta avgörande, skiljer sig väsentligt från den regel som gavs i *Polycolor*-avgörandet.[71] Av en jämförelse mellan de båda avgörandena, kan en skillnad iakttas mellan åtgärder som vidtas med själva *varan* och varumärkesbruk *i annan marknadsföring*. När det gäller åtgärder vidtagna med själva varan eller dess emballage, förefaller det som om bedömningen skulle företas i enlighet med VFUs motivering till 4 § VmL. I fråga om intrång vid annan marknadsföringsåtgärd än sådan som vidtagits med skyddat gods, företas i stället en helhetsbedömning av varans beskaffenhet, varumärkeshavarens intresse av att skydda märket samt vidareförsäljarens och den enskilde konsumentens intresse av korrekt information om varan liksom det allmännas intresse av att främja en effektiv konkurrens.[72]

Övligt sätt har också använts som norm i några underrättsavgöranden. I en dom från Gävle TR,[73] angående marknadsföring av sportskor av märket *Adidas* i annonser i dagspressen, ansåg TRn emellertid att varumärkena i annonsen inte framhävts mer än som föranleddes av att tillverkaren valt att låta märkena bli en – ofta iögonenfallande – del av produkternas utstyrsel. Inte heller kunde TRn se att annonsen skulle förespegla något kommersiellt samband mellan butiksinnehavaren och *Adidas Sverige*. Vid en vanlig läsning fanns det inget i annonsen som ens antydde att det sistnämnda företaget skulle stå bakom annonsen eller att något annat samband av berört slag skulle föreligga.

---

[70] Jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 320.

[71] Jfr med Bernitz' slutsatser i NIR 1981 s. 51, grundade uteslutande på Polycolor-avgörandet, vilka nu torde kunna omvärderas.

[72] Nordell i NIR 1992 s. 495 f.

[73] Gävle TR dom den 3 februari 1994 (Adidas).

Inom EG-rätten har man, generellt sett, intagit en liberalare inställning till rätten att åberopa annans kännetecken efter parallellimport, än vad som gällt i Sverige. Detta framgår av det s.k. *Dior*-avgörandet.[74]

> EG-domstolen uttalade att innehavaren av ett varumärke, inte med stöd av art. 7.2 i direktivet, kunde motsätta sig att en återförsäljare, som vanligtvis marknadsför produkter av samma slag, men inte nödvändigtvis av samma kvalitet som de märkesskyddade varorna i enlighet med de sätt att göra reklam som var vedertagna i hans bransch, använde varumärket för fortsatt marknadsföring av dessa produkter till allmänheten, såvida det inte visades att användningen av varumärket i detta syfte, på grund av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet, allvarligt skadade varumärkets anseende (p. 48; jfr p. 54).

Såsom *Lidgard* konstaterat, var det således återförsäljarens, och inte *Diors* standard för reklam som utgjorde måttstock för vad som skulle få utgöra i branschen vedertagen reklam. Bara om reklamen placerade varumärket i en omgivning som *riskerade att gravt förringa den bild av märket som innehavaren av det hade lyckats skapa* (jfr domens p. 47), förelåg *särskild grund* enligt art. 7.2 i direktivet.[75] EG-domstolen ställer därmed höga krav på omsättningskretsen att kunna förstå och relatera till den *mening* som *Dior* vill förmedla med sina kännetecken och produkter. Å andra sidan hade *Dior*, utan att gå utöver de grundläggande principerna för fria varurörelser inom den gemensamma marknaden, genom effektiva återförsäljaravtal, med största sannolikhet kunnat säkerställa att produkterna inte skulle kunna komma att försäljas genom sådana lågpriskanaler som det var fråga om i det aktuella avgörandet.

Även om det ännu inte finns någon prejudicerande nationell praxis som belyser rättsläget efter Sveriges tillträde till EG/EU, kan redan skönjas en anpassning till den mer liberala europeiska inställningen. Av visst intresse här kan vara ett avgörande av Göta HovR,[76] också det angående marknadsföring av parallellimporterade *Levi's*-varor, i vilket

---

[74] Mål C-337/95 (Dior).
[75] Parallellhandel s. 297.
[76] Göta HovR dom den 3 september 1999 (Levi's II).

TRn grundade sin dom på principen om *övligt sätt*, medan HovRn i stället hänvisade till Varumärkesdirektivets art. 7.1, *Dior*-avgörandet,[77] *Netscape*-avgörandet[78] och *Volvoservice*-avgörandet.[79] HovRn ansåg bland annat att i försäljningslokalen befintliga skyltar varit ägnade att inge föreställningen om ett *kommersiellt samband* mellan återförsäljaren och *Levi's*. Därmed får det nog antas att principen om *övligt sätt* har övergivits i svensk praxis till förmån för en mer *elastisk* bedömning, grundad främst på uppfattningen om ett kommersiellt samband mellan originalkänneteckenshavare och parallellimportör.[80]

Vid bestämning av om parallellimport är tillåten eller inte, bör det observeras att importen kan innebära snyltning genom att parallellimportören kan utnyttja *goodwill* som uppkommit på grund av kännetecknshavarens reklam och marknadsföring.[81] Det skulle enligt *Pehrson* inte råda någon tvekan om att varumärkeslagstiftningen inte bara syftade till att skydda varumärkets särskiljningsförmåga, utan även dess *goodwill*.[82] Doktrinuttalandet tjänar gott som förklaring till domstolens utförliga prövning av *goodwillutnyttjande* i *Levi's*-avgörandet.

5.6.1 Ompaketering

Eftersom det hör till varumärkeshavarens ensamrätt att märka sina varor, ligger det nära till hands att ingen annan skall få fästa hans varumärken på samma varor. Denna uppfattning har också varit den allmänt gällande i Sverige under lång tid och slogs fast i det ovan berörda *Polycolor*-avgörandet,[83] där fråga var även om parallellimportörens rätt att på av honom översatta och med varan bilagda bruksanvisningar använda kännetecknet.

---

77 Mål C-337/95 (Dior).
78 NJA 1998 s. 179 (Netscape) (jfr ovan s. 404).
79 NJA 1998 s. 474 (Volvoservice) (jfr ovan s. 411).
80 Jfr Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 110.
81 Varumärken från konsumentsynpunkt s. 320.
82 Ibidem. Pehrson hänvisar till SOU 1958:10 s. 48 och Immaterialretspositioner s. 171 ff.
83 NJA 1967 s. 458 (Polycolor).

> Domstolen anförde att det av varumärkesrättsliga grundsatser följde att den som sålde märkta varor hade rätt att tillhandahålla den under det av fabrikanten åsatta märket. Däremot kunde han inte anses ha rätt att själv förse varan eller dess förpackning med varumärket. Varumärkesintrång förelåg i regel om han t.ex. märkte varan på nytt eller anbringade varumärket på en av honom själv anskaffad förpackning.

Därefter har denna fråga kommit att prövas av EG-domstolen i en rad avgöranden om ompaketering av parallellimporterade läkemedel.[84] Situationen är komplicerad, främst på grund av områdets speciella marknadsstrukturer. Nationell näringslagstiftning i skilda europeiska länder ställer nämligen olika krav på förpackningsstorlekar och förpackningsutformning, vilket kan medföra att en viss produkt inte alltid får föras ut på marknaden i sin originalförpackning i ett annat gemenskapsland.[85] För att kringgå dessa krav har vissa företag valt att paketera om läkemedel, något som av läkemedelstillverkaren uppfattats som varumärkesintrång.[86]

EG-domstolen har konstaterat att en *konstlad avskärmning av marknaderna* mellan medlemsländerna föreligger om ompaketering är objektivt nödvändig för att den parallellimporterade varan skall kunna saluföras i importlandet. Parallellimportörens ompaketering skall då vara tillåten. Varumärkeshavaren får inte motsätta sig ompaketeringen, om det medför att den importerade varan faktiskt inte kan säljas inom marknaden i det landet.[87] Ett sådant hinder föreligger enligt domstolen t.ex. om de läkemedel som parallellimportören har köpt, inte kan saluföras i importlandet i den ursprungliga förpackningen på grund av *bestämmelser* eller *inhemsk praxis* vad gäller förpackningar, bestämmelser på

---

[84] Bl.a. mål C102/77 (Hoffman-La Roche), de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 (Bristol-Mayers Squibb), mål C-379/97 (Upjohn), mål C-443/99 (Merck) och mål C-143/00 (Boehringer). Se härom Westman, Ompaketering och utnyttjande av annans varumärke – en studie av parallellimport av läkemedel (cit. Ompaketering). Se även Rothine, Parallel Imports s. 481 ff.; Jfr Oversikt s. 425 ff.

[85] Se härom utförligt Parallellhandel s. 64 ff.; jfr Koktvedgaard/Wallberg s. 74.

[86] Se Parallellhandel s. 64 ff.; Ompaketering s. 14 ff.; jfr Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 110.

[87] Se mål C-443/99 (Merck) p. 25; jfr mål C-379/97 (Upjohn) p. 43.

sjukförsäkringsområdet som gör att ersättningen för sjukvårdskostnader är beroende av en viss förpackning eller väl etablerad praxis avseende förskrivning av recept som bland annat är grundad på de *storleksnormer* som rekommenderas av yrkesorganisationer och sjukförsäkringsinstitutioner.[88] Känneteckenshavaren kan däremot motsätta sig ompaketering om den är motiverad enbart av parallellimportörens önskan att uppnå en *kommersiell fördel*.[89] Han kan också motsätta sig ompaketering som sker genom att förpackningen *byts ut*, om parallellimportören kan återanvända den ursprungliga förpackningen vid marknadsföring i importlandet.[90]

Den situation som särskilt var föremål för prövning i *Merck*- och *Boehringer*-avgörandena var om konsumenterna kunde ha ett sådant motstånd mot förpackningar försedda med nya etiketter, att det skulle kunna uppfattas som en objektiv nödvändighetsgrund för ompaketering. Domstolen uttalade[91] att under förutsättning att det på en marknad eller på en stor del av en marknad förelåg ett så starkt motstånd hos en betydande andel av konsumenterna mot läkemedel på vilka nya etiketter hade anbragts att de faktiskt inte kunde säljas inom marknaden, kunde ompaketeringen av läkemedlen inte anses utförd enbart i syfte att få en kommersiell fördel, utan till att åstadkomma att läkemedlen faktiskt kunde säljas inom marknaden. Det ankom emellertid på den nationella domstolen att bedöma huruvida så var fallet.[92]

Avgörandena ger ett intressant perspektiv på frågan om kännetecknets *mening* och *referens*. I praktiken är det ju här fråga om en ometikettering kan ge förpackningen en sådan skepnad, att den i sig väcker tveksamhet hos förbrukaren, såväl om produktens kommersiella ursprung som dess tjänlighet. Sett till *referensen*, blir frågan närmast att förbrukarna kan inges tvivel om att det kommersiella sambandet mellan

---

88 Mål C-429/93 och C-436/93 (Bristol-Myers Squibb) p. 53–54, mål C-443/99 (Merck) p. 26 och mål C-143/00 (Boehringer) p. 47.

89 Mål C-379/97 (Upjohn) p. 44 och mål C-443/99 (Merck) p. 27.

90 De förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 (Bristol-Mayers Squibb) p. 55 och mål C-443/99 (Merck) p. 28–29.

91 Mål C-443/99 (Merck) p. 31 och 33 och mål C-143/00 (Boehringer) p. 52 och 54.

92 Mål C-443/99 (Merck) p. 32 och mål C-143/00 (Boehringer) p. 53.

vara och kommersiellt ursprung är intakt. Frågan är intressant här, därför att den har bäring på *referensens* ursprungliga och mest grundläggande egenskap, nämligen att skapa en relation mellan kännetecken och vara. Om en ometikettering hos förbrukarna kan väcka ett sådant tvivel, är det naturligtvis helt riktigt, att det inte skall få äventyra kännetecknets *referens*. Sett till *mening*, blir ommärkningen en fråga om *förtroende*, där en förpackning som inte är ometiketterad, kan inge större förtroende hos förbrukaren, än en förpackning som, antagligen av för förbrukaren okända skäl, har kommit att ommärkas. Det ger naturligtvis att varor som inte är ometiketterade kan få en relativt starkare ställning på marknaden i förhållande till ometiketterade sådana. Ompaketering och ommärkning får således på flera sätt betydelse för kännetecknets *garantifunktion* (jfr härom ovan avd. 2.3).

Boheringer-avgörandet gällde därtill även tolkningen av den i *Hoffman-La Roche*-avgörandet fastslagna principen att parallellimportören måste underrätta kännetecknenshavaren om att läkemedlet hade ompaketerats[93] samt den i *Bristol-Myers Squibb*-avgörandet fastslagna principen att parallellimportören, på begäran, måste tillhandahålla kännetecknenshavaren ett prov av den vara som har paketerats om innan den bjuds ut till försäljning,[94] vilket möjliggör för kännetecknenshavaren att kontrollera att ompaketeringen inte företagits så att varans ursprungliga beskaffenhet direkt eller indirekt påverkas och att utformningen efter ompaketeringen inte är sådan att varumärkets anseende kan skadas. Kravet gör det dessutom möjligt för kännetecknenshavaren att skydda sig bättre mot varumärkesförfalskning. Domstolen konstaterade att kravet syftade till att skydda kännetecknenshavarens berättigade intressen.[95] Ytterst ger kravet således uttryck åt kännetecknets *kvalitetsfunktion*, där kvalitet i detta fall avser en faktisk sådan (jfr ovan s. 84). Den har naturligtvis särskild betydelse på läkemedelsområdet, eftersom bristande kvalitet i produkten kan få konsekvenser för kännetecknenshavaren långt utöver *goodwillskada* och urvattningsrisk.

---

[93] Se mål C-143/00 (Boehringer) p. 61; jfr mål C102/77 (Hoffman-La Roche) p.12.
[94] Se de förenade målen C-427/93, C-429/93 och C-436/93 (Bristol-Mayers Squibb) p. 78.
[95] Mål C-143/00 (Boehringer) p. 61–62.

Utvecklingen inom EG-domstolens praxis är intressant utifrån kännetecknsrättens allra mest fundamentala principer. För det första har man i Sverige traditionellt ansett att till kännetecknshavarens primat hör rätten att fästa märket på varan. Det var inte förrän i början av 1930-talet som den svenska kännetecknsrätten vidgades till att omfatta annan kännetecknsanvändning än att märka varor (se ovan s. 43). Emellertid synes det utomlands ha varit mer eller mindre självklart att denna rätt avsett endast rätten att *första gången* märka varan, något som inte låter sig lätt utläsa av äldre doktrin. För att återknyta till *Polycolor*-avgörandet, är det tankeväckande att just det som absolut inte ansågs tillåtet i det fallet, nu enligt EG-domstolen har ansetts som självklart tillåtet.[96]

5.7 Sammanfattning och utgångspunkter

Inledningsvis i detta kapitel (ovan s. 391) antas att ensamrättens bestämning bidrar till att beskriva kännetecknsrättens objekt och att detta gäller inte minst i beaktande av lagens knapphändiga definition av det kännetecknsrättsliga skyddsobjektet. Eftersom förfoganderätten sätter ramarna kring rättens omfattning, bidrar den naturligtvis också till att bestämma rättens föremål – förfogandeobjektet. På flera sätt visas också hur *referens* och *mening* tjänar till att beskriva och förklara skyddets omfattning. Förvisso kan också ifrågasättas om det verkligen finns en gräns mellan objekt och förfogande och man kan ställa frågan i vad mån kännetecknsrättens förväxlingslära, liksom vilseledande kännetecken och kännetecknsanvändning, är en del av objektsbestämningen eller av kännetecknshavarens förfoganderätt.

Bestämmelserna i 4 § andra stycket och 4 a § andra stycket VmL skyddar för det första en ren *referens*. En reservdelstillverkare eller reparatör skall inte få ge sken av att det föreligger ett ekonomiskt samband mellan honom och kännetecknshavaren. För det andra skyddar be-

[96] Jfr Nordell i Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 111.

stämmelserna *mening*, genom att de syftar till att undvika urvattning och för det tredje *mening* i form av *goodwill*. Rätten att åberopa annans kännetecken vid marknadsföring av reservdelar och vid reparation och service är, teoretiskt sett, relativt okomplicerad. Liksom i fråga om förväxlingsbarhet, syftar bestämmelsen till att någon inte orättmätigt skall kunna tillskapa en *referens* till annans kännetecken och därmed få tillgång till eller påverka kännetecknets *mening*. I det perspektivet framstår bestämmelsen i 4 a § andra stycket VmL som mer intressant och teoretiskt sett mer komplicerad.

Från *kännetecknsrättslig* synpunkt är det i princip ointressant om varan blivit bättre eller sämre genom ändringen. Det som är relevant är förändringen i sig. För kännetecknshavaren är det naturligtvis viktigt att varan har en kvalitet som överensstämmer med de egna kvalitetskraven.[97] Här kan man tänka sig en skala från endast smärre justeringar över mer betydelsefulla ändringar till det extrema fallet att en vara förses med annans kännetecken. Om varan förändras avsevärt, medför ju det att kännetecknet i vad avser den varan får ”fel” *referens*. Det kan t.ex. ifrågasättas i vad mån en bil som har en motor av annat märke verkligen kan sägas vara av samma märke som bilar med originalmotor.[98] Bestämmelsen i 4 a § andra stycket VmL har dock ett syfte att skydda såväl kännetecknshavare som förbrukare mot att varorna försämras av någon utomståendes hand. Här har åter kännetecknsrättens *garantifunktion* (jfr ovan avd. 2.3) betydelse. När en kvalitetsvara åldras, försämras den successivt. En köpare är regelmässigt medveten om existensen av sådana kvalitetsförändringar. Varor av lägre kvalitet försämras ju snabbare än kvalitetsvaror. Ju snabbare en vara försämras, i desto högre grad inverkar detta negativt på kännetecknets *goodwill*. För kvalitetsvaror finns ofta en fungerande andrahandsmarknad. Det lönar sig därför ofta att låta sådana varor genomgå mer omfattande reparationer. En reparation eller annan förändringsåtgärd som är illa utförd, kan alltså bidra till att varan försämras i snabbare takt än eljest. Om åtgärden inte

[97] Jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 336.
[98] Jfr NJA 1933 s. 418 (Omega).

anges, gör den som vidtog åtgärden en vinst på kännetecknenshavarens och konsumentens bekostnad.[99] 4 a § andra stycket VmL skyddar således kännetecknenshavaren från att hans renommé tar skada av en handling som han själv inte kan påverka.[100] För köparen däremot är det viktigt att en begagnad vara är av den kvalitet och beskaffenhet som säljaren utfäster, och av den kvalitet och beskaffenhet som han själv haft anledning att förvänta.[101] Bestämmelsen innebär alltså ett skydd för *mening* både för kännetecknenshavaren och för konsumenter. En förändring av varan kan således också påverka kännetecknets *mening*. Som regel torde ändringar av det ovan diskuterade slaget påverka endast enskilda individer och påverkar då huvudsakligen endast deras *föreställningar* (jfr ovan), men om ändringsåtgärder sätts i system, kan det kanske få påverkan på kännetecknets *intersubjektiva mening* (jfr ovan avd. 3.3.3.1).

Helt klart förefaller vara att rätten att åberopa annans kännetecken har utökats (jfr särskilt ovan avd. 5.6 angående åberopande av annans kännetecken i reklam för parallellimporterade varor). Här har en otillbörlighetsbedömning, närmast av det slag som skall vidtas enligt 6 § andra stycket VmL, fått tjäna som förebild. Bedömningen företas i form av en helhetsbedömning av om åtgärden kan befaras medföra ett otillbörligt utnyttjande av kännetecknets egenvärde, samtidigt som urvattningsrisken måste beaktas (jfr avd 4.7). Att bedömningskriterierna på detta sätt gjorts beroende av utnyttjandets karaktär, kan förklaras av att det blir fråga om ett *utnyttjande av ett till produkten på visst sätt relaterat mervärde*. För att vara ett *intrång* i den immateriella äganderätten, måste åtgärden innebära ett intrång i kännetecknets egenskap av *individualiseringsmedel för näringsidkarens varor eller verksamhet* – dess *referens*. Eftersom *goodwill* uttrycker ett mervärde i *förhållande till* en viss vara eller verksamhet, måste ett *goodwillutnyttjande*, relativt sett, få större betydelse i bedömningar av intrångets omfattning i situationer som inte

[99] Hypotetiskt sett, borde förmögenhetsöverföringen stå i relation till den skillnad som uppstår mellan kostnaden för den faktiska åtgärden och vad det hade kostat att utföra den så att det motsvarar varumärkeshavarens och konsumentens kvalitetsförväntningar på motsvarande varor.

[100] SOU 1958:10 s. 245.

[101] Jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 335 f.; jfr även Marknadsrätt s. 56.

direkt innebär åtgärder med den skyddade varan. I en sådan intrångsbedömning måste därför beaktas en rad olika faktorer som tar sikte på hur utnyttjandet görs och dess omfattning. Dessa kan ha att skaffa med *referens*, men torde främst vara relaterade till skilda aspekter av *mening*. Det är tydligt att bevekelsegrunderna för rätten till åberopande av annans kännetecken genom utvecklingen i europeisk praxis, främst genom *Dior*-avgörandet, men delvis även genom *BMW*-avgörandet, har kommit att förskjutas från *referens* mot *mening*. Medan det starkaste skälet enligt äldre svenska motiv och i äldre svensk praxis var att omsättningskretsen inte skulle kunna ta miste på det kommersiella ursprunget,[102] har motiveringen nu kommit att allt mer fokusera på de effekter som kan uppstå i samband med åberopande av annans kännetecken, nämligen risk för *renommésnyltning* och *urvattning*, d.v.s. huvudsakligen en fråga om skydd för den *mening* som kan finnas i det åberopade kännetecknet. I det ljuset framträder också EG-domstolens ställningstagande i ompaketeringsavgörandena tydligare. Om ompaketering företas i vederbörlig ordning, kan ju det inte påverka kännetecknets *mening*. Å andra sidan tillkännager sig samtidigt de möjligheter, som ges enligt *marknadsföringslagstiftningen* mot bland annat *renommésnyltning* och *vilseledande kännetecknesanvändning* alltmer tydligt, vilket utvecklas närmare i följande kapitel.

[102] Jfr SOU 1958:10 s. 245.

6. Otillbörlig marknadsföring

På sätt och vis kan ett medelbart kännetecknsrättsligt skydd ges också genom marknadsföringslagstiftningen. Såsom påpekas ovan (s. 50 f.), utgör marknadsföringsrättens möjligheter att förbjuda vilseledande eller eljest otillbörlig kännetecknsanvändning således en betydelsefull, och på senare tid allt viktigare komponent i det rättsliga skyddet för kännetecken.[1] Förklaringen till att marknadsrätten här berörs så utförligt som görs, är framför allt att många företeelser inom marknadsföringslagstiftningen företer likheter med de frågor som behandlas ovan, såväl i kapitel 4 inom ramen för kännetecknsrättens skyddsförutsättningar som i kapitel 5 om kännetecknsrättens förfogandeobjekt.[2]

De båda rättsfigurerna – varumärkesrätten och marknadsföringslagstiftningen – skiljer sig emellertid åt på väsentliga punkter. I marknadsföringsrätten finns inget avgränsat skyddsobjekt.[3] Inom kännetecknsrätten kan därför på ett tydligare sätt än inom marknadsföringsrätten skiljas mellan objekt och förfogande. Marknadsföringslagstiftningens skydd mot illojala utnyttjanden av annans immaterialrätt skulle därmed kunna kallas för ett *objektstomt skydd*.[4] Frågan om åtkomlighet med rättsliga remedier utgörs i stället av själva *åtgärdens* karaktär av otillbörlighet. Jag har därför valt att ta upp kännetecknsrelaterade företeel-

---

1 Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 12.

2 Jfr Knops analys av förhållandet mellan kännetecknsrätt och illojal konkurrens i Åndsretten s. 540 ff.

3 Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s.107.

4 Jfr op. cit. s. 21.

ser inom marknadsföringsrätten i detta kapitel. Emellertid kan, såsom visas nedan, ifrågasättas om marknadsrätten ändå inte tillhandahåller ett i vart fall indirekt objektsskydd, eftersom det kan användas som motmedel mot illojala förfoganden över immaterialrättsligt skyddade objekt. Detta förhållande analyseras närmare i det avslutande kapitlet (se nedan s. 558 ff.). För att således få en heltäckande bild av det faktiska skyddet för kännetecken enligt svensk rätt, måste kännetecknsrätten sättas in i ett vidare sammanhang och relateras till marknadsföringsrätten. Marknadsföringsrätten påverkar därvid inte endast den ekonomiska rättens *de facto*-omfattning, utan bidrar medelbart även till att bestämma kännetecknets skyddsföremål, eftersom, såsom visas nedan, marknadsföringsrätten på skilda sätt tillhandahåller ett skydd för såväl kännetecknens *referens* som *mening*.

Såväl kännetecknsrätten som den marknadsrättsliga lagstiftningen har tillkommit i syfte att skydda skilda marknadsaktörer. Dessa aktörer är inte bara *rättighetshavare*, *konkurrenter*, och *konsumenter*, utan i vissa fall även *vida kretsar av allmänheten*. Härtill kommer ett allmänt konkurrensintresse, där frågan i vilken utsträckning och på vad sätt de skilda grupperna skall skyddas, framträder. Medan den civilrättsliga kännetecknsrätten kan sägas inta ett *mikroperspektiv*, d.v.s. att syfta till att ge den enskilde en rätt gentemot en avtalspart eller tredje man, syftar marknadsrättens *makroperspektiv* främst till att begränsa näringsidkarnas möjligheter att företa vissa oskäliga eller samhällsskadliga åtgärder mot konsumenter eller konkurrenter generellt, d.v.s. att ange handlingsnormer för aktörerna på en aggregerad marknad. Syftet med marknadsföringslagstiftningen är sålunda inte att värna kännetecknshavares ensamrätt i sig, utan att skydda konsumenter och andra näringsidkare mot vilseledande eller eljest otillbörlig marknadsföring.[5] I marknadsföringslagstiftningen är det *konsumentintresset* som angivits som lagstiftningens primära skyddssyfte. Detta poängterades särskilt i motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring.[6] Det har som regel också uteslu-

[5] Prop. 1970:57 s. 55 ff. och s. 89; jfr Bernitz i Festskrift till Kurt Grönfors s. 51.
[6] Se SOU 1966:71 s. 46 f.

tande varit sådana åtgärder som framstått som otillbörliga eller vilseledande mot konsumenter vilka tagits upp av KO enligt MFL – således inte de frågor som främst är föremål för behandling här. Däremot har det visats att konkurrenterna gärna och med växande framgång använt MFL som medel mot illojal konkurrens genom kännetecknensanvändning.[7] Det är därmed tydligt hur lagens konkurrentskyddsintresse under senare tid har ökat i förhållande till dess konsumentskyddsintresse (jfr vidare nedan s. 578 f.).

MFLs faktiska eller *materiella* tillämpningsområde anges i lagens s.k. stora generalklausul (4 § första stycket MFL). Enligt den skall marknadsföringen stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Generalklausulen kan på olika sätt komma i beröring med immaterialrättsliga positioner – särskilt varumärke och firma.[8] Av intresse här torde vara främst otillbörlighetsgrunderna *renommésnyltning* och *misskreditering*. I 3 § MFL definieras god marknadsföringssed som god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter. Det som främst åsyftas med *god affärssed eller andra vedertagna normer* är ICCs grundregler för reklam och säljfrämjande åtgärder (jfr ovan s. 34).[9]

Enligt 14 § första stycket MFL kan en näringsidkare, vars marknadsföring strider mot god marknadsföringssed eller på något annat sätt är otillbörlig mot konsumenter eller näringsidkare, *förbjudas* att fortsätta med den marknadsföringen eller att vidta någon annan liknande åtgärd och enligt 15 § första stycket (jfr 4 § andra stycket) MFL, kan en näringsidkare *åläggas* att lämna information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt.

Generalklausulskonstruktionen har medfört att det inte har funnits något konkret behov av att sortera skilda otillbörlighetsåtgärder under särskilt angivna otillbörlighetstyper. I dag, när lagen därtill innehåller ett antal mer preciserade och direktsanktionerade förbudsbestämmelser

[7] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 13.
[8] Op. cit. s. 18; jfr prop. 1970:57 s. 89.
[9] Jfr SOU 1966:71 s. 47.

(5–13 b §§ MFL), vilka var och en tar sikte på specifika typer av otillbörlig marknadsföring, blir frågan, vad som kan krävas för att en marknadsföringsåtgärd skall falla under en eller annan av MFLs bestämmelser av mer praktiskt intresse. Det gäller inte minst i fråga om vilka sanktioner som kan bli aktuella. De direktsanktionerade förbudsbestämmelserna brukar allmänt kallas för lagens *katalogregler*. Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot någon av dem riskerar att få betala en särskild sanktionsavgift, s.k. *marknadsstörningsavgift* (22 § MFL). Principiellt viktigt är att katalogreglerna täcks av generalklausulen. Alla marknadsföringsåtgärder som strider mot en eller flera av katalogreglerna anses således otillbörliga i sig.[10] Man kan här tala om det *yttre* och *inre* området. Det inre området avser då det direktsanktionerade område, där såväl marknadsstörningsavgift som förbud kan komma ifråga. Det yttre området är det område som endast täcks av någon eller några av generalklausulerna. Om en näringsidkare har brutit mot någon av katalogreglerna, behöver således talan om utdömande av marknadsstörningsavgift inte föras, utan det kan räcka med att föra en talan om förbud eller åläggande, något som också är det vanliga. En näringsidkare kan emellertid inte tvingas att betala både vite och marknadsstörningsavgift. Enligt 23 § MFL får marknadsstörningsavgift nämligen inte åläggas någon för en överträdelse av ett förbud eller en underlåtelse att följa ett åläggande som har meddelats vid vite. En annan betydelsefull skillnad mellan lagens yttre och inre område är också att marknadsföringen i strid mot katalogreglerna, till skillnad mot vad som faller endast under generalklausulerna, är förenade med skadeståndsansvar mot konsumenter och näringsidkare som lider skada på grund av en förbjuden marknadsföringsåtgärd.

Efter en kortfattad redogörelse för några för marknadsföringsrätten generella frågeställningar, såsom kravet på näringsverksamhet (nedan avd. 6.1), omsättningskretsens bestämning (nedan avd. 6.2) och marknadsrättens förväxlingsbedömning (nedan avd. 6.3), tas upp de otillbörliga och vilseledande marknadsföringsåtgärder som har tydligast bäring

[10] Se prop. 1994/95:123 s. 90 ff.

på kännetecken och dess *mening* och *referens*. Först berörs vilseledande *kännetecknsanvändning* och vilseledande *efterbildning* (nedan avd. 6.4) samt *jämförande reklam* (nedan avd. 6.5). Därefter fokuseras på *renommésnyltning* och *misskreditering* (nedan avd. 6.6–7). Anledningen till att renommésnyltning och misskreditering, vilka ju, till skillnad mot vilseledande marknadsföring, traditionellt ansetts åtkomliga endast enligt lagens generalklausul, tas upp efter de åtgärder som kan åtkommas enligt de direktsanktionerade förbudsbestämmelserna, är främst ett försök att bibehålla den systematiska ordningen i den föregående framställningen. Medan vilseledande kännetecken närmast svarar mot den civilrättsliga kännetecknens förväxlingslära, finner marknadsrättens förbud mot renommésnyltning och misskreditering sin motsvarighet i kännetecknsrättens skydd för väl ansedda kännetecken. I kapitlets materiella del, tas avslutningsvis upp några marknadsrelaterade företeelser med marknadsrättslig bäring – *kännetecknsdifferentiering* och *kännetecknsutvidgning* (avd. 6.8–9).

6.1 Näringsverksamhet

Kravet på näringsverksamhet är närmast detsamma enligt *marknadsföringslagstiftningen* som enligt VmL. Enligt 2 § MFL är lagen tillämplig endast när näringsidkare marknadsför eller själva efterfrågar produkter i sin *näringsverksamhet*. Ett i detta sammanhang belysande avgörande kan vara MD 1988:19 (Globen), där fråga var om arenan *Globen* hade ett kommersiellt renommé eller om den skulle vara att uppfatta som ett kännetecken med kommersiell innebörd.

> *Statoil* hade i en annons använt ordet *Globen* och en bild av den byggnad i Stockholm som är känd under detta namn. Marknadsföringen ansågs inte utgöra renommésnyltning, vilseleda om kommersiellt ursprung eller på annat sätt vara stridande mot god affärssed. Domstolen konstaterade att byggnaden *Globen* visserligen blivit mycket känd under det namnet, åtminstone i Stockholmstrakten. Att ett byggnadsprojekt av den ifrågavarande typen och storleken tilldrog sig uppmärksamhet var helt naturligt. Vad som framkommit i ärendet visade emellertid inte att projektet som sådant, på grund

av det sätt på vilket det genomförts, hade ett kommersiellt renommé. Inte heller hade det visats att *Globen* uppfattades såsom kännetecken för kärandens varor, tjänster eller kommersiella verksamhet i övrigt. På grund av det anförda kunde det i det aktuella sammanhanget inte anses föreligga ett renommé. Det kunde därför inte heller vara fråga om någon renommésnyltning. Det hade inte heller visats att *Globen* mer allmänt uppfattades som ett kännetecken med kommersiell innebörd. Därför kunde den påtalade annonsen inte anses vilseledande angående kommersiellt ursprung.

I *Globen*-avgörandet kunde åtgärden således inte åtkommas, eftersom *Globen inte uppfattats som ett kännetecken med kommersiell innebörd*. Att *Globen* har en *mening* är klart i och för sig, men frågan är i vad mån *Globen* i dag skulle kunna anses ha förvärvat ett kommersiellt anseende.

Inom marknadsrätten har den stora frågan varit hur gränsen skall dras mellan näringsverksamhet och den grundlagsskyddade tryck- och yttrandefriheten. I propositionen till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring uttalade departementschefen att marknadsföringslagstiftningen skulle begränsas till sådana framställningar som hade *rent kommersiella förhållanden till föremål*.[11] Enligt departementschefen skulle härmed förstås att reklamen avsåg ”en näringsidkares affärsverksamhet eller där tillhandahållna varor och tjänster”.[12] Man skiljer alltså mellan de skilda yttrandenas olika syften, en gränsdragning som sedermera också manifesterats i praxis.[13]

Ett kommersiellt egenvärde eller renommé kan även tillkomma offentliga personer. Frågan om gränsdragningen mellan marknadsrätten och tryck- och yttrandefriheten blev därför föremål för behandling i

[11] Prop. 1970:57 s. 67. Dessa grunder för gränsdragningen återfinns också i senare lagmotiv. I prop. 1986/87:151 (s. 54) formuleras regeln t.ex. så, att det för att ett ingripande skall kunna ske vid sidan av TF krävs att meddelandet lämnas i kommersiell verksamhet och i kommersiellt *syfte och har rent kommersiella förhållanden till föremål*.

[12] Prop. 1970:57 s. 67.

[13] Se särskilt MD 1974:23 (Helgextra I), NJA 1977 s. 751 (Helgextra II) samt MD 1977:1 (Vivo-Favör). Frågan om gränsdragningen mellan tryck- och yttrandefrihet behandlades utförligt av den s.k. Massmedieutredningen i betänkandet SOU 1972:49 om Tryckfriheten och reklamen. Frågan har också behandlats i doktrinen främst av Strömberg i SvJT 1980 s. 25 ff., Axberger, Tryckfrihetens gränser samt Exklusivitetsfrågan s. 172 ff.

samband med tillkomsten av lagen om namn och bild i reklam. I propositionen föreslogs att samma principer som gällde i fråga om MFL skulle gälla även för lagen om namn och bild i reklam.[14] Att så är fallet framgår också av den sparsamma rättspraxis som finns inom området. I ett avgörande hade en pornografisk tidskrift utan medgivande på baksidan av ett nummer av tidskriften låtit publicera en bild av skådespelaren *Robert Gustafsson*, tillsammans med text, tidskriftens logotyp och prisuppgift.[15]

> HD anförde i sina domskäl att bilden visade hur *Gustafsson* höll ett exemplar av tidningen och studerade dess mittuppslag som vanligtvis innehöll en s.k. utvikningsbild. Bilden på baksidan var försedd med texten ”Bättre än Björnes magasin!”. *Gustafsson* var en känd skådespelare och *Björnes Magasin* ett känt barnprogram i TV. Med sin text och bild, som klart utvisade att det var just tidningen *Aktuell Rapport* som *Gustafsson* studerade, kunde det inte uppfattas som annat än en marknadsföring av tidningen, låt vara att man härvid använt sig av samma idémässiga uppbyggnad av sidan som annars brukades för tidningens baksidor. Att texten och bilden försetts med uppgift om tidningens pris m.m. framhävde ytterligare att det var fråga om en framställning av utpräglat kommersiell natur. Framställningen ansågs därför vara reklam för tidskriften och medförde ansvar och ersättningsskyldighet enligt lagen om namn och bild i reklam.

Frågan om tillämpligheten av lagen om namn och bild i reklam var också föremål för prövning i det ovan (s. 401) berörda *Tre Kronor*-avgörandet.[16] Domstolen kom där fram till att samma principer skulle gälla för användningen av namn och bild som för varumärket, d.v.s. att användningen i tidningen av bilderna på skådespelare i TV-serien *Tre Kronor* inte var av utpräglat kommersiell natur, varför åtgärden omfattades av TF:s skydd. Eftersom skådespelarnas namn inte hade åberopats i radioreklamen, hade domstolen inte anledning att ta ställning till lagens om namn och bild i reklam tillämplighet på den.

---

[14] Se prop. 1978/79:2 s. 52.
[15] NJA 1999 s. 749 (Gustafsson).
[16] NJA 2003 s. 25 (Tre Kronor).

Däremot förefaller det inte finnas något krav på att den företeelse som blir föremål för ett otillbörligt utnyttjande i marknadsföring måste ha rent kommersiella förhållanden till föremål. Ett kommersiellt renommé synes således kunna finnas även i en ideell organisation. Belysande kan vara ett avgörande om snyltning på det renommé eller uppmärksamhetsvärde som fanns i den av *Reklamförbundet* anordnade s.k. *Guldäggstävlingen*, d.v.s. den svenska reklambranschens årliga tävling.[17]

> Domstolen konstaterade att *Guldäggstävlingen* / *Guldägget* var den ledande reklamtävlingen i Sverige. Den hade erhållit ett särskilt uppmärksamhetsvärde och fick anses vara så välkänd att den därigenom också hade ett betydande *kommersiellt värde*. Detta framgick av det stora intresse som fanns bland näringsidkare att mot erläggande av ersättning få delta som sponsor av *Guldäggstävlingen*. Denna fick därför anses kunna vara bärare av ett renommé på samma sätt som en produkt eller annan nyttighet. Det uppmärksamhetsvärde som begreppet *Guldäggstävlingen* och kortformen *Guldägget* hade erhållit kunde således sägas medföra ett ”renommé” för *Reklamförbundet*. När *TV3* använt namnet *Guldägget* på de sätt som skett, innebar det att *TV3* kommersiellt utnyttjat ett uppmärksamhetsvärde som *Reklamförbundet* skapat bland näringsidkare. Eftersom *TV3* saknat medgivande från *Reklamförbundet* att delta som sponsor eller använda namnet *Guldägget* i sin marknadsföring, utgjorde de påtalade formuleringarna renommésnyltning.

Avgörandet visar således att MD gör en vid tolkning av vad som kan utgöra näringsverksamhet. Varken *Reklamförbundet* eller den av *Reklamförbundet* anordnade tävlingen kan väl sägas ha *rent kommersiella förhållanden till föremål* (jfr strax ovan). Avgörandet förefaller därmed av allt att döma utsträcka näringsidkarbegreppet till att kunna omfatta även otillbörligt utnyttjande av renommé som kan finnas hos större ideella

[17] MD 2001:21 (Guldägget).

organisationer.[18] *Goodwill* eller renommé kan således innehas, inte bara av företag, utan även av fysiska personer och ideella organisationer.[19]

6.2 Omsättningskretsen

I motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring behandlades frågan om vem som skulle anses vara mottagare av den otillbörliga åtgärden. Om det var fråga om reklam för allmänheten, torde man böra utgå ifrån den tänkta reaktionen hos en genomsnittlig konsument med ”normal” fattningsförmåga, erfarenhet och sakkunskap. Det var som regel genomsnittskonsumentens tänkta helhetsintryck vid oengagerad läsning som skulle beaktas.[20]

Principen från motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring återfinns också i senare Europarättslig praxis. Frågan kom att ställas på sin spets av EG-domstolen i det s.k. ägg-avgörandet.[21] Det som var av primärt intresse i det avgörandet var, vem som skulle kunna anses bli vilseledd och hur själva vilseledandebedömningen skulle företas. Avgörandet gällde om märkning av ägg stod i överensstämmelse med EGs äggförordning.[22] Där föreskrivs vissa handelsnormer med avseende på klassificering av ägg efter kvalitet och vikt, förpackning, lagring, transport, presentation och märkning. I förordningens art. 10.1 uppräknas de uppgifter som obligatoriskt skall anges på äggförpackningar. Bland dem ingår namn eller firmabeteckning på, samt adressen till, det företag som har förpackat eller låtit förpacka äggen. Det namn, firma eller varumärke som används får dock anges endast om det inte innehåller någon uppgift som är oförenlig med förordningen med hänsyn till äggens kvalitet eller färskhet, den typ av produktionssystem som använts

[18] Jfr angående *Röda Korset*, Wijkström/Hvenmark i Identitet s. 161 ff. samt angående *Internationella Olympiska Kommittén* Nordell i NIR 2003 s. 408.
[19] Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 119.
[20] SOU 1966:71 s. 97.
[21] Mål C-210/96 16 juli 1998 (Gut Springenheide och Tusky).
[22] Rådets förordning (EEG) nr 1907/90 av den 26 juni 1990 om vissa handelsnormer för ägg.

vid produktionen av äggen eller äggens ursprung (art. 10.1 a). Enligt art. 10.2 i får förpackningarna vara försedda även med vissa ytterligare uppgifter, t.ex. säljfrämjande information, förutsatt att den, och det sätt på vilken den framförs, sannolikt inte kan vilseleda köparen (art. 10.2 e).

Ägg-avgörandet gällde ett tyskt företag som hade sålt färdigförpackade ägg under benämningen *6-Korn – 10 frische Eier*. Enligt företaget bestod hönsens foder till 60 procent av ifrågavarande sex sädesslag. På en reklamangivelse som fanns instoppad i varje äggförpackning, framhölls de goda egenskaper som äggen erhöll genom att hönsen utfordrades med denna foderblandning. Sedan den nationella myndigheten för livsmedelskontroll vid flera tillfällen meddelat företaget om sina betänkligheter beträffande benämningen *6 sädesslag – 10 färska ägg* och reklamlappen, anmodade myndigheten den 24 juli 1989 företaget att ta bort dessa uppgifter. Genom dom den 11 november 1992 ogillade den tyska förvaltningsdomstolen den talan som företaget hade väckt mot beslutet. Domen överklagades utan framgång. Företaget förde då revisionstalan vid *Bundesverwaltungsgericht* och gjorde där gällande att den omtvistade benämningen och reklamlappen var absolut nödvändiga för att informera konsumenterna.

I sitt tolkningsbesked erinrade EG-domstolen om att den upprepade gånger hade ställts inför frågan om en benämning, ett varumärke eller en reklamuppgift eventuellt kunde anses vilseledande med hänsyn till bestämmelserna i fördragen eller i sekundärrätten.[23] Av dessa domar framgick att när domstolen hade bedömt om varumärket eller reklamuppgiften i fråga sannolikt hade kunnat vilseleda köparen, hade beaktats de förväntningar som en *normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument* kunde tänkas ha och den hade varken inhämtat sakkunnigutlåtanden eller låtit utföra en konsumentenkät (p. 31). Rent allmänt borde således även de nationella domstolarna enligt samma förutsättningar kunna bedöma om en reklamuppgift eventuellt var vilseledande (p. 32). Det skulle även påpekas att domstolen i andra mål, där den inte hade förfogat över till-

[23] Domstolen hänvisade här till mål C-362/88 (GB-INNO-BM), mål C-238/89 (Pall), mål C-126/91 (Yves Rocher), mål C-315/92 (Verband Sozialer Wettbewerb), mål C-456/93 (Langguth) och mål C-470/93 (Mars).

> räckliga upplysningar eller inte hade ansett sig kunna avgöra frågan med utgångspunkt i handlingarna i målet, hade överlåtit åt den nationella domstolen att ta ställning till om benämningen, varumärket eller reklamuppgiften i fråga kunde vara vilseledande.[24] När den nationella domstolen således skulle ta ställning till om en uppgift som var avsedd att främja försäljningen av ägg, sannolikt kunde vilseleda köparen i strid med art. 10.2 e i förordningen, skulle den beakta de förväntningar som denna uppgift kunde tänkas väcka hos en *normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument*. Gemenskapsrätten hindrade dock inte att den nationella domstolen, om den hade särskilda svårigheter att bedöma om den berörda uppgiften var vilseledande, kunde besluta att i enlighet med nationell rätt låta utföra en konsumentenkät eller inhämta ett sakkunnigutlåtande för att underlätta ett avgörande (p. 33).

Eftersom MFL är tillämplig även på marknadsföring som riktar sig till näringsidkare, vilka i många fall får antas ha en annan och mer ingående kännedom om de slags varor som marknadsföringen omfattar, bör samma bedömningsprinciper inte tillämpas generellt för konsumenter som för näringsidkare. I motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring konstaterades också att om reklamen riktade sig till personer som var sakkunniga inom ett speciellt område, fick man förvänta sig större möjlighet till kritisk bedömning hos adressaterna. Men även sakkunskap hade enligt utredningen skilda valörer. En tekniker lade andra aspekter på en annons om lantbruksmaskiner än en lantbrukare. Förekom reklam i en facktidskrift, kunde man i regel räkna med sakkunniga läsare, men det borde beaktas att många facktidskrifter lästes även av andra än fackmän.[25]

Principen har prövats i ett avgörande av MD angående marknadsföring av dräner,[26] där ett företag som hade jämfört sina egna produkter med en konkurrerande näringsidkares, på flera punkter hade påstått att de egna produkterna var överlägsna konkurrentens. Särskilt påståendet

---

[24] Domstolen hänvisade här bl.a. till mål 94/82 (De Kikvorsch) och mål C-313/94 (Graffione).
[25] SOU 1966:71 s. 97 f.
[26] MD 1980:1 (Linden-Alimak).

att den egna produkten skulle ha en sådan kapacitet att den inte behövde placeras så tätt som andra, ansågs otillbörligt.

> MD uttalade att man vid en bedömning av om en marknadsföringsåtgärd var att anse som vederhäftig eller inte hade att fästa stort avseende vid det intryck som den gjorde på mottagarkretsen. Den aktuella mottagarkretsen hade tillgång till särskild sakkunskap. Därför kunde vederhäftighetskravet sättas något lägre. Om marknadsföringen innehöll teknisk information eller andra påståenden som var svårkontrollerade eller svårbegripliga även för sådana mottagare, måste det stränga vederhäftighetskravet dock upprätthållas.

I det s.k. *Toshiba*-avgörandet,[27] angående jämförande reklam, har EG-domstolen sedermera uppmärksammat att marknadsföringen inte alltid riktar sig till konsumentledet. Marknadsföringen bestod där i angivelser av produkt- eller artikelnummer i en katalog över reservdelar och förbrukningsdelar till kopieringsmaskiner.

> Domstolen slog fast att det ankom på den nationella domstolen att kontrollera om varubeteckningar utgjorde kännetecken. Härvid skulle beaktas hur en *normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittsindivid* uppfattade situationen. Hänsyn skulle tas till vilken målgrupp som reklamen var riktad och särskilt till om denna målgrupp bestod av specialiserade näringsidkare hos vilka det var mycket mindre troligt att en sammanblandning skedde mellan en apparattillverkares produkters anseende och den konkurrerande leverantörens produkter, än om det hade varit fråga om slutkonsumenter.

När man således talar om omsättningskretsen som en tänkt genomsnittskonsument, särskilt så som den preciserats av EG-domstolen till *en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument*, ger det uttryck åt vad som ovan har angivits som den *intersubjektiva* uppfattningen (jfr ovan avd. 3.3.3.1). Genomsnittskonsumenten får således gestalta omsättningskretsens intersubjektiva *mening* om kännetecknets och varans egenskaper.

---

[27] Mål C-112/99 (Toshiba), varom mera nedan under s. 476 f.

6.3 Förväxlingsbedömningen

Liksom inom kännetecknsrätten, är det en helhetsbedömning som skall företas i fråga om *vilseledande marknadsföring*. Detta har, av förklarliga skäl, varit tydligare inom marknadsrätten än inom kännetecknsrätten, eftersom det som regel är fråga om konsumenternas totala bild av en marknadsföringsåtgärd och således inte omsättningskretsens uppfattning om ett visst kännetecken. Därför tenderar den helhetsbild som omfattas av den marknadsrättsliga bedömningen att bli vidare än den som anläggs inom kännetecknsrätten. MD har emellertid i flera fall anlagt en väsentligt snävare bedömning än vad som gäller inom kännetecknsrätten i fråga om risken för förväxling. När det är fråga om risk för förväxling mellan produkter, håller MD strikt fast vid principen att sådan kan föreligga endast i fråga om samma varuslag.[28] Enligt MD kan således någon förväxling mellan produkter inte ske i de fall när produkter är av olika slag och den marknadsrättsliga förväxlingsbedömningen är betydligt snävare än vad som gäller inom kännetecknsrätten. Utgångspunkten i den marknadsrättsliga bedömningen är således att konsumenterna inte endast skall kunna bibringas uppfattningen att det föreligger ett *kommersiellt samband* mellan produkterna, utan att det måste finnas en risk för konsumenten att *de facto* förväxla produkterna. Däremot kan en marknadsföringsåtgärd åtkommas, oavsett förväxling eller varuslagslikhet om det är fråga om renommésnyltning.

I den marknadsrättsliga efterbildningsbedömningen har ofta tagits hänsyn till särskilda förutsättningar i den aktuella marknadsföringssituationen. Det gäller särskilt vid marknadsföring i snabbköp. I MD 1983:3 (Ajax I), angående efterbildning av allrengöringsförpackningar, konstaterade domstolen att allrengöringsmedel ofta såldes i självbetjäningsbutiker, där konsumenten snabbt och rutinmässigt plockade till sig varor från hyllorna i butiken. Det kunde antas att själva namnet på produkten i sådana köpsituationer ibland spelade en mindre roll vid identifikatio-

[28] Se t.ex. avgörandet MD 2002:28 (Santa Maria), där domstolen slog fast att någon förväxlingsrisk inte förelåg, eftersom de aktuella produkterna – köttfärsflarn och tacoskal – inte kunde ersätta varandra.

nen och att det helhetsintryck som förpackningens form, färg och etikett gav vid ett flyktigt påseende blev avgörande för valet av vara. Mot bakgrund därav, fann MD att namnolikheten inte generellt uteslöt förväxlingsrisk. I den för konsumenten vanligaste köpsituationen för allrengöringsmedel – d.v.s. i självbetjäningsbutiker – förelåg således en risk att konsumenten förbisåg namnolikheten och direkt förväxlade de båda förpackningarna. I MD 1985:5 (Perstorps Ättika), angående efterbildning av en ättikspritsflaska, påpekades, med hänvisning till MD 1983:3 (Ajax I) att det kunde antas att i sådana köpsituationer det helhetsintryck som förpackningens form, färg och etikett gav vid ett flyktigt påseende blev avgörande för valet av vara.[29]

Detta ger samtidigt uttryck åt samma princip som inom kännetecknsrätten har kallats för principen om den *bleknande minnesbilden* (jfr ovan avd. 4.4.1.3). MD brukar i sina domskäl, i stället för en *bleknande minnesbild*, tala om den *bestående minnes- eller helhetsbilden*. I det s.k. *Blomin*-avgörandet[30] konstaterade domstolen att de aktuella förpackningarna var näst intill identiska. De smärre olikheterna ansågs inte ägnade att mera varaktigt fästa sig i konsumenternas minne. Formen, färgen och utstyrseln i övrigt var tvärtom faktorer som samverkade till att skapa en *bestående helhetsbild*. Förväxlingsrisken ansågs därmed vara uppenbar. I MD 1995:9 (Knorr), angående buljongtärningsförpackningar, antogs de i målet aktuella förpackningarna skapa *väsentligen samma bestående minnesbild* hos konsumenten. Lokutionen återkommer också i MDs praxis enligt 1996 års MFL.[31]

På samma sätt som inom kännetecknsrätten har man i den marknadsrättsliga efterbildningsbedömningen också tagit hänsyn till att märkesmedvetenheten är större inom vissa produktkategorier än inom andra. I MD 1983:23 (Bigxon Pro) framhöll domstolen i fråga om tennis-

[29] Jfr härtill också de snarlika avgöranden som gällt förpackningsutstyrslar: MD 1988:6 (Klorin I), MD 1990:3 (Liljeholmen), MD 1990:5 (Aloe), MD 1994:27 (Klorin II) samt MD 1996:1 (Ajax II), där liknade bedömningsnormer anlagts. Se även Marknadsrättens goodwillskydd s. 54; Bernitz i Festskrift till Kurt Grönfors s. 56 f.; Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 166 f.

[30] MD 1974:5 (Blomin).

[31] Se t.ex. MD 2001:22 (UR ABSO Bull) och MD 1996:3 (Galliano II).

racketar att produkter av den aktuella typen i åtskilliga fall torde inhandlas av konsumenter med närmare kunskap om tennisartiklar. För varor där den personliga smaken har särskilt stor betydelse för valet av produkt, finns, såsom konstaterats ovan (avd. 4.4.1.2), ofta också en stor medvetenhet hos omsättningskretsen. I MD 1976:19 (Philip Morris) som gällde efterbildning av cigarettförpackningar, konstaterade domstolen att konsumenterna i stor omfattning hade en hög märkeslojalitet och att märkesnamnet var vad som konsumenterna i första hand identifierade vid särskiljande av olika cigarettmärken.[32]

6.4 Vilseledande kännetecken

Enligt 6 § första stycket MFL får en näringsidkare vid marknadsföringen inte använda påståenden eller andra framställningar som är *vilseledande* i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares näringsverksamhet. Detta gäller enligt 6 § andra stycket särskilt framställningar som avser produktens art, mängd, kvalitet och andra egenskaper, produktens ursprung, användning och inverkan på hälsa eller miljö, produktens pris, grunderna för prissättningen och betalningsvillkoren, näringsidkarens egna eller andra näringsidkares kvalifikationer, ställning inom marknaden, *kännetecken* och andra rättigheter samt belöningar och utmärkelser som har tilldelats näringsidkaren. Vilseledande känneteckensanvändning kan således rent generellt åtkommas enligt 6 § MFL. Det som är av intresse för denna undersökning är kanske främst vilseledande om ursprung eller egenskap, men även vilseledande i vidare bemärkelse om ett kommersiellt sådant.[33] Bestämmelsen motsvaras av art. 3 i direktivet om vilseledande reklam. Enligt direktivet skall hänsyn tas till alla element i reklamen. Som exempel anges tillgänglighet, beskaffenhet, utförande, sammansättning, tillverkningssätt,

[32] Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 55.

[33] Även om det, teoretiskt sett, var möjligt att föra den talan enligt 1975 års straffbestämmelse i 6 § om vilseledande marknadsföring, kom talan som regel att föras enligt den stora generalklausulen om otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL.

tillverknings- eller leveransdatum, ändamålsenlighet, användningsområde, mängd, specifikation, geografiskt eller kommersiellt ursprung eller det resultat som kan förväntas av användningen eller resultat från provningar och undersökningar som utförts i fråga om varorna eller tjänsterna (art. 3.1 a), priset eller grunderna för prissättningen samt leveransvillkoren (art. 3.1 b), näringsidkarens kvalifikationer, näringskännetecken och rättigheter, såsom hans juridiska och ekonomiska status, innehav av finansiella tillgångar, industriella, kommersiella eller immateriella rättigheter samt uppgifter om belöningar och utmärkelser (art. 3.1 c).

Direktivet om vilseledande reklam bygger i stor utsträckning på ICCs grundregler för reklam. Det är naturligt, eftersom det knappast finns något skäl för Europa att anta principer för marknadsföring, vilka skulle stå i strid med vad som antagits internationellt. Art. 5.1 i ICCs grundregler som handlar om *vederhäftighet*, anger att reklam inte får innehålla framställning i ord eller bild som direkt eller indirekt – genom antydan, utlämnande, oklarhet eller överdrift – är ägnad att vilseleda konsumenten. Bland de där särskilt exemplifierade framställningarna nämns produktens egenskaper, såsom dess beskaffenhet, sammansättning, mängd, tillverkningssätt och produktionstidpunkt, dess användbarhet, prestanda, effekter och miljöpåverkan samt dess kommersiella eller geografiska ursprung.

När man inom marknadsföringsrätten talar om *vilseledande kännetecken*, bör det uppmärksammas att därmed avses något vidare och mer mångfacetterat än motsvarande begrepp inom kännetecknsrätten. Inom detta område ryms nämligen inte endast kännetecken som vilseleder om egenskaper hos varan eller kännetecknshavarens kompetens (jfr 6 § andra stycket 1 MFL (art, mängd, kvalitet och andra egenskaper), 6 § andra stycket 2 MFL (användning och inverkan på hälsa eller miljö) och 6 § andra stycket 4 MFL (näringsidkarens egna eller andra näringsidkares kvalifikationer, ställning på marknaden) och vilseledande om faktiskt eller geografiskt ursprung (jfr 6 § andra stycket 2 MFL), utan även kännetecken som på ett mer eller mindre uttalat sätt vilseleder

om kommersiellt ursprung, d.v.s. vad som närmast ryms inom ramen för kännetecknsrättens förväxlingslära (jfr 6 § andra stycket 4 MFL).[34]

6.4.1 Vilseledande om egenskap

Såsom redan angivits ovan, finns det en historisk och faktisk koppling mellan å ena sidan VmLs möjlighet till förbud mot vilseledande kännetecken i 14 § första stycket 2 med dess därtill anslutande möjlighet till förbud mot vilseledande kännetecken i 35 § andra stycket VmL och möjligheten att åtkomma vilseledande kännetecknsanvändning enligt MFL å den andra. Bestämmelserna har ju ett gemensamt ursprung i 9 § IKL (se ovan s. 45 och s. 341 f.). Äldre marknadsföringspraxis ger prov på avgöranden som kan visa att åtkomstmöjligheterna har varit större på den marknadsrättsliga än på den civilrättsliga vägen.

> I MD 1978:3 (New Hair AB) ansågs användningen av firman *New Hair AB* vilseledande genom att den antydde att de produkter som företaget marknadsförde hade hårväxtbefrämjande egenskaper. I MD 1974:12 (Exonyl Miljö) fann MD att användningen av ordet miljö i produktnamnet *Exonyl Miljö* för ett kallavfettningsmedel var vilseledande mot bakgrund av att produkten gav viss giftverkan på fisk vid utsläpp i vattendrag.

I ett antal avgöranden har kännetecken förbjudits, eftersom de uppfattats ha en officiell status eller att det stått en myndighet bakom dem.[35]

> Beteckningen *Svenska Riksinsamlingen* (MD 1979:25) på ett kedjebrevsspel ansågs vara vilseledande. Domstolen konstaterade att beteckningen *Svenska Riksinsamlingen* otvivelaktigt skapade föreställningen om en rikstäckande insamling för ett positivt ändamål. Eftersom det inte var fråga om något dylikt, utan om ett s.k. pyramid- eller kedjebrevspel, var beteckningen i fråga vilseledande och otillbörlig. Kännetecknet *Svensk Rättshjälp* ansågs vilseledande i MD1972:8 (Svensk Rättshjälp). Ordet *rättshjälp* framstod för allmänheten otvivelaktigt som den hjälp som det allmänna lämnar

[34] Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 51 (jfr även ovan avd. 4.5).

[35] Jfr de ovan anförda registreringsavgörandena RÅ 1969 not. H. 52 (Tvätteriernas inköpscentral), Besvärsavd. mål 105/1971 (Eurocontrol) och 156/1978 (Djurombudsmannen).

i rättsliga angelägenheter. Det vilseledande intrycket förstärktes genom tillägget av adjektivet *svensk*. Här bör också erinras om det kända *Mäklarbank*-avgörandet,[36] där firman *Mäklarbanken Förmedlingsexperter i samarbete AB* ansetts omfattad av den s.k. lagstridighetsprincipen, eftersom det enligt bankrörelselagstiftningen[37] endast är banker i egentlig bemärkelse som får ha firmor där ordet bank ingår. Ytterst blir det ju även i det fallet fråga om ett vilseledande, eftersom allmänheten oriktigt kan bibringas uppfattningen att det är en bank som står bakom verksamheten. Firman ger således i sig en felaktig *mening* åt verksamheten.

Någon mer omfattande praxis inom MD vad angår kännetecken som vilseleder om egenskap har ännu inte utvecklats enligt 1996 års MFL. Av principiellt intresse är emellertid avgörandena MD 2001:26 (Falu Rödfärg) och MD 2002:20 (Champagnesmak!). I det förra ansågs *Alcros* användning av det för *Storas* slamfärg inarbetade ordet *Rödfärg*, vilseleda om egenskaper hos färgen, bland annat dess s.k. *irreversibilitet*, d.v.s. att det inte var möjligt att åter måla med slamfärg sedan man en gång målat med *Alcros* oljebaserade färg.

Det senare avgörandet gällde *Arlas* marknadsföring av en yoghurt under benämningen *Yoggi Original Champagnesmak!* Den franska organisationen *Institut National des Appellations d'Origine (INAO)* hade gjort gällande att den påtalade marknadsföringen innebar renommésnyltning (se härom nedan s. 488) samt att den var vilseledande om produktens smak och dess geografiska och kommersiella ursprung. Vidare hade gjorts gällande att marknadsföringen innebar en otillbörlig jämförelse och därmed var vilseledande enligt 8 a § MFL. Benämningen *champagnesmak* hade förekommit, förutom på yoghurtförpackningen, på affischer och visst reklammaterial avsett för butiker. Affischerna hade visat nyårsfester med högtidsklädda gäster där *champagneglas* och *champagneflaskor* ersatts med den aktuella yoghurtförpackningen.[38]

---

[36] MD 1977:26 (Mäklarbanken I).

[37] Enligt 1 kap. 9 § bankrörelselagen (1987:617) får ingen annan än bank, Sveriges riksbank, Sveriges allmänna hypoteksbank och sådant bankföretag som avses i 1 kap. 4 eller 5 § bankrörelselagen i sin firma eller i övrigt vid beteckning av affärsrörelse använda ordet bank.

[38] Se om avgörandet Nordell i NIR 2003 s. 93 ff.

> MD konstaterade att *champagne* var en sedan flera hundra år välkänd dryck som producerades i distriktet Champagne. Drycken fick sin speciella smak och karaktär på grund av jordmånen, klimatet och framställningsmetoden. I fråga om vilseledande, konstaterade domstolen att *Arlas* marknadsföring av yoghurten också utgjorde vilseledande reklam enligt MFL. Frågan gällde här vilseledande om produktens art och karaktär enligt 6 § andra stycket 1 MFL. Vad gällde benämningen *Champagnesmak* i förening med förpackningens utseende, måste den anses vara ägnad att inge konsumenterna föreställningen att yoghurten till någon del innehöll *champagne* eller ändå smakade som *champagne*. Den finstilta innehållsdeklarationen på förpackningen var inte tillräcklig för att neutralisera det intrycket. Vad gällde smak av *champagne* på annan grund framgick av den muntliga bevisningen att de ingredienser som ingick inte kunde ge sådan smak. Vad *Arla* anfört i denna del om testpanelens inställning och i övrigt, föranledde ingen annan bedömning. *Arla* hade således inte visat att yoghurten verkligen hade smak av *champagne*. Därmed hade *Arla*, med hjälp av yoghurtens förpackning och de i målet åberopade affischerna, vilselett konsumenterna om yoghurtens verkliga innehåll och karaktär.

En marknadsföringsåtgärd som vilseleder om ett kännetecknens egenskaper träffar, på samma sätt som en vilseledande kännetecknensanvändning enligt VmL, kännetecknets *mening*. Frågan är om näringsidkaren försöker få sitt kännetecken att signalera eller *konnotera* egenskaper hos varan, vilka inte finns där. Såsom ovan (s. 344 f.) konstateras, finns det en, enligt min uppfattning, helt riktig försiktighet i att vägra registrering av s.k. *pretentiösa* firmor, eftersom registreringsmyndigheten inte vet hur, på vilka sätt och i vilka sammanhang de skall komma att användas eller överlåtas. I andra situationer liknar bevekelsegrunderna snarast dem som gäller för ompaketering av läkemedel (jfr ovan avd. 5.6.1). I *Falu Rödfärg*-avgörandet[39] var det framför allt risken för att konsumenten i det enskilda fallet skulle kunna vilseledas om färgens *irreversibilitet* (jfr ovan) som medförde att marknadsföringen var vilseledande om dess egenskap. Enligt min begreppsmatris följer därav att det enligt MD kan slutas att ordet *falurött* kan *referera* till såväl en viss kulör som till

[39] MD 2001:26 (Falu Rödfärg).

en *slamfärg* med en viss kulör. Till skillnad från en registreringsmyndighet bör MD ha en helt annan möjlighet att överväga kännetecknens vilseledande funktion vid användning i en konkret marknadsföringsåtgärd.

6.4.2 Vilseledande om geografiskt ursprung

Bestämmelser som tar sikte på vilseledande om geografiskt ursprung och geografiska ursprungsbeteckningar finns också i inom marknadsföringsrätten (jfr ovan avd. 4.3.5.1 och s. 346 angående motsvarande skydd inom kännetecknensrätten). Förutom förbudet i 6 § andra stycket 2 MFL att en näringsidkare vid marknadsföringen inte får använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om produktens ursprung, finns särskilda bestämmelser om användning av geografiska ursprungsbeteckningar i alkohollagen. Enligt 4 kap. 13 § andra stycket alkohollagen får regeringen bestämma att det vid marknadsföring av alkoholdrycker skall vara förbjudet att använda oriktiga eller vilseledande ursprungsbeteckningar genom vilka dryckerna direkt eller indirekt anges vara frambragta eller tillverkade i den främmande staten eller i en region eller ort i den främmande staten. Detta gäller även om det äkta ursprunget anges eller om beteckningen används bara i översättning eller åtföljs av uttryck som ”art”, ”sort”, ”typ”, ”kopia” eller liknande uttryck. En handling som strider häremot anses enligt 4 kap. 13 § tredje stycket alkohollagen vara otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare enligt MFL.[40]

Vissa bestämmelser om vilseledande om geografiskt ursprung finns också i art. 3 a 1 f i direktivet om jämförande reklam. Direktivet har i denna del implementerats genom 8 a § 6 MFL, enligt vilken en näringsidkare i sin reklam direkt eller indirekt får peka ut en annan näringsidkare eller dennes produkter bara om jämförelsen i fråga om varor med

[40] Bestämmelsen utgör en implementering av Rådets förordning nr 1493/1999 av den 17 maj 1999 om den gemensamma organisationen av marknaden för vin samt Rådets förordning nr 1576/89 av den 29 maj 1989 om allmänna bestämmelser för definition, beskrivning och presentation av spritdrycker; jfr härtill även TRIPS-avtalets art. 23.

ursprungsbeteckning alltid avser varor med samma beteckning. I regeringens överväganden i samband med införlivandet av direktivet konstaterades att bestämmelsen om ursprungsbeteckningar inte hade någon svensk motsvarighet i lag. Det kunde dock ifrågasättas om direktivbestämmelsen inte var utformad så att den täckte ursprungsbeteckningar generellt enligt förordningen om geografiska och ursprungsbeteckningar och alltså hade en vidare räckvidd. Det borde därför ske ett uttryckligt införlivande även av direktivtexten om ursprungsbeteckningar.[41]

Kännetecken som vilseleder om geografiskt ursprung har i några fall varit föremål för prövning av MD.

> I MD 1987:6 (Svensken) ansågs marknadsföringen av en cykel som satts samman i Sverige av svenska och utländska delar, bland annat genom varukännetecknet *Svensken* framhålla att cykeln var svensk. Även om det inte ansågs vilseledande att påstå att cykeln hade svenskt ursprung, ansågs användningen av produktnamnet *Svensken* och vissa annonsrubriker dock ge ett överdrivet intryck beträffande anknytningen till Sverige.

MD 1983:22 (St Louis Light) gällde bland annat om kännetecknet *St Louis Light* för öl framställt i Sverige, liksom även andra uppgifter på förpackningen, kunde anses vilseledande om geografiskt ursprung. Enligt domstolen ansågs kännetecknet i sig inte vilseleda om varans ursprung. Däremot ansågs förpackning som helhet ägnad att ge konsumenterna den felaktiga uppfattningen att varan kom från USA.

> Domstolen anförde att varunamnet skapade ett visst intryck av att varan härrörde från USA. De förstärktes genom att förpackningsdekoren i övrigt upptog flera moment som alluderade till USA samt att texten till helt övervägande del var på engelska språket. Omedelbart under varunamnet fanns en text som inleddes: ”This is a light typical american beer.” Ovanför varunamnet var förpackningens innehåll angivet: ”11,15 fl. OZ: (330 ML) 33 cl.” På sidan av förpackningen stod vidare: ”GENUINE”. Dessa särskilda moment samt övrig engelskspråkig text, färgval och dekor i förening med varubenämningen *St Louis Light* var enligt MD ägnade att ge konsumenterna den felaktiga uppfattningen att varan kom från ett bryggeri i USA. Först

[41] Prop. 1999/2000:40 s. 28.

vid en ingående granskning av texten på förpackningen framkom att ölet var tillverkat av *Falken* i Sverige.[42]

Ett senare avgörande gällde rätten att använda ordet *Mora* som kännetecken för knäckebröd.[43] Bakgrunden var att företaget *Wasabröd*, som visserligen hade haft tillverkning av knäckebröd i flera fabriker i Dalarna, under lång tid tillverkat ett knäckebröd under kännetecknet *Mora Knäcke* i sin fabrik i Filipstad i Värmland. Talan om vilseledande om geografiskt ursprung fördes av det konkurrerande företaget *Leksandsbröd*, som länge tillverkat knäckebröd under det kännetecknet i Leksand.

Att kalla ett knäckebröd för *Mora*, talade Enligt MD för att många konsumenter kunde ledas till tanken, att brödet verkligen hade tillverkats där eller i vart fall hade sitt ursprung i ett recept eller tillverkningssätt hänförligt till orten. Detta gällde inte minst om det saknades andra igenkänningstecken eller omständigheter som kunde neutralisera detta intryck. Redan benämningen *Mora*, sedd för sig, kunde således förmedla ett intryck av att produkterna kom från Mora i Dalarna. Vid bedömningen av om marknadsföringen var vilseledande måste emellertid samtliga omständigheter beaktas. Om marknadsföringen i övrigt hade utformats så att neutraliserande åtgärder medförde att helhetsintrycket inte blev vilseledande, förelåg inget hinder mot användningen av benämningen *Mora*. I målet hade bland annat förevisats ett antal brödpaket på vilka det på baksidan eller på sidan informerats om tillverkare och tillverkningsort. Texten var emellertid förhållandevis liten och i viss mån svårtillgänglig för den enskilde konsumenten och var inte så tydlig och framträdande att det intryck som benämningen *Mora* kunde

[42] I anslutning till detta avgörande kan det vara värt att peka på VFUs uttalanden i motiven till VmL, där utredningen uttalade att varumärken stundom innehöll beskrivande text av olika slag, bruksanvisningar o.d. Särskilt var detta vanligt i fråga om utstyrslar. Var sådan text avfattad på främmande språk, kunde därav framkallas föreställningen om ett bestämt geografiskt ursprung för varan. Om i så fall föreställningen inte svarade mot verkliga förhållanden, kunde märket vara vilseledande. Emellertid kunde det inom vissa branscher vara kutym att, oberoende av varornas ursprung, avfatta dithörande texter på visst språk (SOU 1958:10 s. 282 f.). Till saken hör ju även att VFUs uttalanden gjordes långt innan Sverige hade ett fungerande skydd mot otillbörlig marknadsföring.

[43] MD 2003:13 (Mora Knäcke).

förmedla, neutraliserades. På förpackningarna hade *Wasabröd* också kombinerat produktnamnet *Mora* med olika attribut, såsom människor i folkdräkt, kurbitsmåleri, klockstapeln i Mora m.m. Enligt domstolen var dessa närmast ägnade att förstärka det intryck som benämningen *Mora* kunde förmedla – att produkten kom från Mora och Dalarna. En långvarig användning av ett kännetecken på en produkt kunde i och för sig medföra att ett eventuellt vilseledande minskade i betydelse. Den karaktär av kännetecken som därigenom gradvis kunde ha erhållits, uteslöt emellertid inte att benämningen också kunde ha kvar en innebörd av ursprungsangivelse, inte minst på ett område där ursprunget tillmättes betydelse av konsumenterna. Vid en samlad bedömning fann MD att den påtalade marknadsföringen, genom användningen av benämningen Mora, i sig eller i förening med andra påståenden och framställningar, var ägnad att ge konsumenten uppfattningen att varan hade sitt ursprung i Mora eller Dalarna eller kom från en tillverkare i Mora eller i Dalarna.

Av särskilt intresse här är väl den ringa betydelse som domstolen fäste vid den långvariga tid, under vilken användningen av kännetecknet pågått. Det är känt, att produkten har haft framgång hos konsumenterna och det kan väl antas att detta inte uteslutande har sin grund i det åberopade eller antydda geografiska ursprunget, utan att det också har varit fråga om en produkt med särskilda kvaliteter, vilka genom marknadsbearbetning givit en särskild *mening* åt produkten.

I samband härmed kan också erinras om det ovan (s. 446 f.) berörda avgörandet MD 2001:26 (Falu Rödfärg), där fråga även var om anspelningarna på varumärket *Falu Rödfärg*, kunde vilseleda om färgens geografisk anknytning till Falun och Falu koppargruva.

MD konstaterade att varumärket *Falu Rödfärg* åtnjöt mycket gott anseende och var välkänt bland allmänheten. Frågan gällde i hur hög grad dessa formuleringar var utformade så att de anknöt och associerade till *Falu Rödfärg* på ett otillbörligt sätt och utgjorde renommésnyltning. Enligt MDs uppfattning måste det vara godtagbart att använda benämningen *faluröd* för att ange en kulör som svårligen kunde beskrivas på annat sätt. Det måste också vara godtagbart att neutralt använda rödfärgsbegreppet och att anknyta till *Falu Rödfärg* som utgångspunkt för en objektiv jämförelse mellan produkterna. De aktuella formuleringarna gick dock, enligt MDs bedömning, klart

> utöver dessa ramar och associerade så nära till *Falu Rödfärg* att de fick anses utnyttja *Falu Rödfärgs* goda anseende på ett sätt som utgjorde renommésnyltning.

Även om namnet på färgen anknyter till en särskild ort, var det i detta avgörande således inte fråga om vilseledande om det geografiska ursprunget. Inte heller var det fråga om behovet av frihållning av det *geografiska* ordet *Falun*, utan renommésnyltning på *Storas* kännetecken. Anledningen härtill är naturligtvis att *Falu Rödfärg*, vars *primärreferens* och *-mening* är geografiskt betingad, har förvärvat en *sekundärreferens* och *-mening* såsom kännetecken. Även om i princip vem som helst i Falun kan ägna sig åt tillverkning och försäljning av järnoxidbaserad slamfärg, har *Stora* fått ett *de facto*-monopol på den färgtypen och orden *Falu Rödfärg* således kommit att inarbetas som kännetecken för färg av visst slag och med viss kulör, något som enligt MD således ansågs ha skapat ett berättigat intresse för *Stora* att utestänga andra från att få relatera till den kulören i sin marknadsföring.[44] Till skillnad från *Falu Rödfärg*-avgörandet,[45] där det geografiska ursprunget således kan antas ha degenererat för produkten i fråga, ansåg domstolen i *Mora Knäcke*-avgörandet inte att så var fallet. *Mora* var således snarare att uppfatta som angivande av ett geografiskt än ett kommersiellt ursprung, något som enligt min uppfattning kan ifrågasättas såväl i ett marknadsrättsligt som ett kännetecknsrättsligt perspektiv (jfr dock den ovan s. 366 f. berörda risken för degeneration av geografiska ursprungsbeteckningar).

I ett avgörande som företer vissa likheter med *Falu Rödfärg*-avgörandet, var fråga bland annat om användningen av ortsnamnet *Ullared* för lågprisvaruhusverksamhet kunde anses utgöra vilseledande om ett *kommersiellt* ursprung.[46] Bakgrunden var att en person, *Göran Karlsson*, år

---

[44] Intressant i detta sammanhang är emellertid att *Stora* inte beviljats registrering av orden *Falu Ockra* och *Falu Ljus Rödfärg*, eftersom det inte fanns något övertygande stöd för att *Falu* och *Falu Rödfärg* i omsättningskretsen uppfattades som ett kännetecken för färgprodukter härrörande från sökanden, och därmed inte uppfattades som benämning på en vara av viss art och beskaffenhet (PBR mål 97-404 (Falu Ockra) och 97-400 (Falu Ljus Rödfärg).

[45] MD 2001:26 (Falu Rödfärg).

[46] MD 2003:25 (Ullared).

1963 hade bildat lågprisvaruhuset *Ge-Kås* i *Ullared*. Affärsidén hade varit att sälja konfektionsvaror och dagligvaror billigt. Verksamheten hade så småningom fått stort genomslag i konsumentledet. År 1991 sålde *Göran Karlsson* samtliga aktier i *Ge-Kås*. Sedermera hade han emellertid åter startat liknande verksamhet på flera andra orter under beteckningar som innehöll ordet *Ullared*. *Ge-Kås* gjorde gällande att ortsnamnet *Ullared* hade inarbetats för *Ge-Kås*' verksamhet och att *Göran Karlssons* konkurrerande verksamhet därvid var vilseledande om det *kommersiella* ursprunget.

> MD konstaterade att *Ge-Kås*' verksamhet blivit ytterst väl känd inom marknaden under beteckningen *Ullared*. Trots att det var fråga om ortsnamn, hade ordet *Ullared* en sådan särskiljningsförmåga att det kunde anses ha särprägel. Av de marknadsundersökningar som åberopats av käranden – *Ge-Kås* – framgick att den aktuella marknadsföringen var ägnad att vilseleda om kommersiellt ursprung. Denna slutsats styrktes vidare av att verksamheterna bland konsumenter och leverantörer m.fl. i mycket stor omfattning sammanblandades. Vid denna bedömning innebar svarandens användning av beteckningen *Ullared* ett vilseledande om kommersiellt ursprung enligt 6 § MFL.

Även om *Ullared*-avgörandet, liksom *Falu Rödfärg*-avgörandet, egentligen inte rörde vilseledande om ett *geografiskt* ursprung, kan de vara intressanta att beröra just här, eftersom de har bäring på vilseledande medelst användning av geografiska ord. Det kan vara värt att anknyta till vad som ovan (avd. 2.2) anförs angående kännetecknets *ursprungsangivelsefunktion*, där det konstateras att omsättningskretsen i många fall kan förväntas förutsätta att alla produkter med ett visst varukännetecken har samma faktiska ursprung och att det tidigare också var vanligt att kännetecknet pekade ut sin faktiska härkomst. I *Ullared*-avgörandet ledde lokaliseringen till en liten ort i Halland av en ursprungligen ny typ av näringsverksamhet – *lågprisvaruhus* – till att verksamheten som egentligen drevs under en annan beteckning – *Ge-Kås* – hos omsättningskretsen, som ju hade anledning att söka sig till orten, inarbetades under ortsnamnet. Ortsnamnet fick därmed en *sekundärmening* som kommersiellt kännetecken (jfr ovan avd. 3.3.1.2). Det förefaller också

som om inarbetningen i detta fall i hög grad har haft karaktären av sådan *omedveten inarbetning* som redogörs för ovan (avd. 4.1.2.3). Eftersom verksamheten initierats och successivt kom att präglas av en viss person – *Göran Karlsson* – kom han förvisso att förknippas med orten. Också hans namn förvärvade, på liknande sätt som t.ex. *Ingvar Kamprad* har kommit att förknippas med *IKEA*, en såväl geografiskt som kommersiellt färgad *sekundärmening*. I den 1991 genomförda överlåtelsen av rörelsen gjordes inga förbehåll mot *Göran Karlssons* rätt att använda ordet *Ullared*, något som också påpekades av svaranden i det aktuella avgörandet. MD konstaterade emellertid att ordet *Ullared*, trots att det var namnet på en geografisk ort, kommit att förknippas med ett visst företag, på ett sådant sätt att annans användning av det framstod som vilseledande om ett kommersiellt ursprung, d.v.s. att det i praktiken förvärvat en *sekundärreferens* som varu- eller näringskännetecken. Även om *Göran Karlsson* får antas vara väsentligt bidragande till denna utveckling, ansågs han således, på grund av överlåtelsen av näringsverksamheten, inte kunna förfoga kommersiellt över den *sekundärkonnotation* som hans person hade till orten Ullared, eftersom det skulle vilseleda om den kommersiella verksamhetens *referens*. Att orter kan förknippas med en viss näringsverksamhet är förvisso inte något nytt i sig (jfr ovan avd. 2.2 och 4.3.5). Det nya här är att en viss person, som byggt upp en ny typ av näringsverksamhet, vilken av omsättningskretsen kommit att förknippas med orten, d.v.s. en *tertiärmening*, kan förbjudas att utnyttja den inom ramen för en ny näringsverksamhet. Frågan är väl ytterst i vilken grad som personen eller företaget bidragit till att ge *referens* eller *mening* åt en viss typ av verksamhet eller en viss ort.

I det ovan (s. 446 f.) berörda *Champagnesmak*-avgörandet,[47] prövades även frågan om användningen av beteckningen *Yoggi Original Champagnesmak!* kunde anses utgöra ett vilseledande om ett geografiskt ursprung. Domstolen konstaterade i det avgörandet att eftersom yoghurt och champagne var väsensskilda produkter, kunde *Arlas* förfarande att använda beteckningen champagnesmak varken anses utgöra

[47] MD 2002:20 (Champagnesmak!).

ett vilseledande om det kommersiella eller geografiska ursprunget i det avseende som avsågs i 6 § andra stycket 2 MFL. Med 8 a § kompletterades MFL med uttryckliga bestämmelser om jämförande reklam. Eftersom yoghurt och champagne inte var konkurrerande produkter, omfattades förfarandet inte av 8 a § MFL.

När det gäller vilseledande om geografiskt ursprung, och kanske särskilt det skydd däremot som ges inom marknadsföringslagstiftningen, är det värt att uppmärksamma dess konsumentskyddande natur. Det är främst konsumenterna eller förbrukarna som skall känna sig säkra på varans härkomst. Skyddet skall således tillgodose kännetecknets *garantifunktion*. Det skall tillförsäkra att varan har den *mening* som konsumenterna förknippar med kännetecknet eller den geografiska ursprungsangivelsen. Detta kan ju tydligt illustreras av *Falu Rödfärg*-avgörandet,[48] där en förväxling mellan färgerna verkligen kan få betydande ekonomiska konsekvenser för konsumenterna. I många andra fall kan man dock kanske ifrågasätta vari det beaktansvärda konsumentskyddsintresset ligger med hänsyn till den geografiska ursprungsangivelsefunktionen (jfr ovan avd. 2.2), d.v.s. dess *referensegenskap*. Även om det naturligtvis kan uppstå skador för marknaden på sikt, om t.ex. en välrenommerad geografisk ursprungsbeteckning skulle urvattnas eller degenerera, bör det väl inte kunna medföra någon direkt skada för konsumenterna, så länge produkterna håller en kvalitet som svarar mot deras förväntningar. I det sammanhanget är det också värt att notera, att även denna otillbörlighetsgrund, i flertalet principiellt intressanta avgöranden förts i konkurrensförhållanden. Det mest flagranta exemplet är väl hur *Leksandsbröd* i det strax ovan berörda *Mora Knäcke*-avgörandet[49] utnyttjade möjligheten att föra talan om vilseledande om geografiskt ursprung mot en konkurrent, något som visade sig särskilt framgångsrikt, eftersom *Wasabröd* av allt att döma nu valt att helt upphöra med namnet *Mora* för knäckebröd.

[48] MD 2001:26 (Falu Rödfärg).
[49] MD 2003:13 (Mora Knäcke).

6.4.3 Vilseledande om kommersiellt ursprung

Uttrycket *vilseledande om kommersiellt ursprung* har lång tradition i den praxis som ursprungligen utvecklades enligt generalklausulen i 1 § i 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring och sedan enligt 2 § i 1975 års marknadsföringslag.[50]

Scenariot är närmast att en näringsidkare på ett eller annat sätt drar nytta av någon annan näringsidkares investeringar, t.ex. genom att en konkurrents goda *renommé* eller *goodwill* utnyttjas genom utformning av egna förpackningar, produkter eller kännetecken på ett sätt som nära anknyter till den andres kända och särpräglade produkter. Några av MDs avgöranden har på ett mer utpräglat sätt rört ordkännetecken som ansetts vilseleda om kommersiellt ursprung. Ett avgörande gällde firman *Axelssons Gymnastiska Institut*.[51] Institutet drev sjukgymnastutbildning, vilken dock inte uppfyllde kraven enligt statliga normer. I sin marknadsföring använde institutet akronymen *AGI*. Emellertid hade tidigare funnits ett annat institut, *Arwedsons Gymastikinstitut*. Traditionellt hade sjukgymnaster som examinerats därifrån, betecknat sig som sjukgymnaster *AGI*. Med anledning av detta ansåg MD att användningen av förkortningen *AGI* var ägnad att leda till förväxling och vilseledande.[52] I det liknande avgörandet MD 1976:18 (SparKronan) förbjöds användningen av firmadominanten *SparKronan*, eftersom den oriktigt ansågs ägnad att ge sken av att företaget, i sin fastighetsförmedlingsrörelse hade anknytning till en sparbank.

Av särskilt slag är ett avgörande, vilket företer vissa likheter med det ovan berörda *Ullared*-avgörandet.[53] Det gällde marknadsföring av takfönster.[54] En återförsäljare (*Icopal*) av takfönster av viss konstruktion hade i samarbete med en tillverkare (*Velux*) i många år sålt fönstren under varumärket *Svita*. Återförsäljaren hade därefter använt samma varumärke för ett takfönster från en annan tillverkare och av annan kon-

[50] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 50.
[51] MD 1973:15 (Axelssons Gymnastiska Institut).
[52] Se vidare Bernitz i NIR 1975 s. 188 och Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 138.
[53] MD 2003:25 (Ullared).
[54] MD 1989:9 (Svita).

struktion. Detta medförde enligt domstolen att *Svita*, använt som varumärke för de senare fönstren, förknippades inte bara med återförsäljaren, utan även med fönster som konstruerats av den förste tillverkaren, varför återförsäljarens användning av varumärket på de senare fönstren ansågs skapa risk för missuppfattning om produkternas kommersiella ursprung.

> Domstolen konstaterade, med hänvisning till *Bernitz*,[55] att uttrycket 'kommersiellt ursprung' inte var helt entydigt. Det kunde i skilda sammanhang syfta på olika förhållanden, t.ex. vem som tillverkade eller importerade eller saluförde en produkt. Ett varumärke på en produkt knöt i allmänhet produktens kommersiella ursprung till märkets innehavare. Denne kunde ha befattat sig med varan såsom tillverkare eller återförsäljare eller på annat sätt. Det goda renommé som under åren byggts upp för *Svita*-fönster, berodde i hög grad på att namnet var kopplat till företaget *Icopal*. Samtidigt var fråga om en produkt beträffande vilken konstruktion och egenskaper fick anses ha stor betydelse för köparna. Marknadsföringsinsatserna för *Svita*-fönstret hade också i avsevärd mån gjorts av parterna gemensamt, varvid *Velux* bland annat tillhandahållit broschyrmaterial och monteringsanvisningar. Därför kunde namnet *Svita* på takfönster inte uppfattas enbart som ett uttryck för att produkten såldes av *Icopal*. Namnet måste också anses delvis vara förknippat med sådana fönster som konstruerats av *Velux*. Marknadsföringen innebar att samma namn användes för ett fönster med annan konstruktion och annan tillverkare, något som var ägnat att skapa förvirring beträffande produkternas ursprung.[56]

Otillbörlighetsgrunden vilseledande om kommersiellt ursprung har också prövats i några avgöranden enligt 1996 års MFL. Ett av dem kan vara värt att närmare beröra. Det gällde likörextraktet *Galanto* och om marknadsföringen av det kunde utgöra vilseledande efterbildning av likören *Galliano*.[57]

---

[55] Bernitz, Svensk marknadsrätt, 2 uppl. s. 188.

[56] Se om avgörandet Bernitz i Festskrift till Kurt Grönfors s. 58 f. samt Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 158 f.

[57] MD 1996:3 (Galliano II). Här bör kanske påpekas att talan fördes som interimistiskt beslut om förbud.

Med hänvisning till äldre praxis[58] anförde MD att användningen av varukännetecken som var ägnade att framkalla förväxling med annans kännetecken och därigenom vilseleda om en varas kommersiella ursprung, kunde förbjudas. För det förutsattes bland annat att kännetecknet var känt inom marknaden så att det förknippades med produkter av visst ursprung. Så kunde vara fallet endast om kännetecknet hade vad som brukade kallas för särskiljningsförmåga och särprägel. MD fann att såväl *Galliano* som etiketten, måste anses vara kända inom omsättningskretsen. Bedömningen av förväxlingsrisk mellan etiketterna skulle grundas på en jämförelse av deras helhetsintryck. De skillnader som fanns mellan etiketterna var inte särskilt framträdande och kunde inte anses ägnade att ge skilda minnesbilder. Tvärtom hade de så stora likheter att de måste anses skapa samma bestående minnesintryck. Härtill medverkade namnlikheten, det typsnitt som använts och den likartade färgsättningen av etiketterna. Någon utredning i fråga om produkternas målgrupper hade inte förebragts i målet. Inte heller hade presenterats någon utredning som visade att förväxling faktiskt ägt rum eller som i övrigt belyste frågan om förväxlingsrisk. Mot den bakgrunden kunde det inte anses utrett att det förelåg risk för att köpare av essensen skulle tro att denna hade något samband med *Gallianolikören* eller dess kännetecknenshavare. Förbud kunde därför inte bifallas på den grunden.[59]

I senare marknadsföringsrättslig praxis har emellertid mer tydligt slagits fast att vilseledande om ett *kommersiellt ursprung kan* vara för handen också vid mer abstrakt anknytning till annan näringsidkares produkter än i fråga om produkt-, förpacknings-, eller kännetecknensefterbildningar.[60]

I MD 2001:21 (*Guldäggstävlingen*) (jfr ovan s. 436) konstaterade MD att det fick anses vara väl känt bland näringsidkare att endast av *Reklamförbundet* utsedda sponsorer hade haft rätt att delta med marknadsföring av sina varumärken vid den s.k. *Guldäggsfesten*. Sponsorskapet var förenat med ett betydande kommersiellt värde. *TV3* hade inte ingått någon överenskommelse med *Reklamförbundet* om att vara sponsor. Bland annat formu-

[58] MD 1988:6 (Klorin I) och 1990:3 (Liljeholmen).
[59] Se om avgörandet Nordell i NIR 1998 s. 225.
[60] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 73.

leringarna ”Lycka till på Guldägget önskar TV 3” och ”Grattis Guldäggsvinnare önskar TV 3” gav enligt domstolen ett intryck av att TV3 varit sponsor eller haft *Reklamförbundets* samtycke till ett samarbete i samband med *Guldäggsfesten*. Hänvisningen till *Guldägget* innebar därmed ett vilseledande om vem som, såsom sponsor eller på annat sätt, medverkat i arrangemanget *Guldägget*, vilket var att jämställa med vilseledande enligt 6 § andra stycket 2 MFL om det kommersiella ursprunget.

Av visst intresse här är även det ovan berörda *Champagnesmak*-avgörandet,[61] där domstolen konstaterade att eftersom yoghurt och champagne var väsensskilda produkter kunde *Arlas* förfarande att använda beteckningen *Champagnesmak!* inte anses utgöra ett vilseledande om det kommersiella ursprung, vare sig enligt 6 § andra stycket 2 eller 8 a § MFL.

6.4.4 Vilseledande efterbildning

Enligt 8 § MFL får en näringsidkare vid marknadsföringen inte använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter. Detta gäller dock inte efterbildningar, vilkas utformning huvudsakligen tjänar till att göra produkten funktionell. Enligt regeringen avsåg bestämmelsen i 8 § MFL bland annat att tillgodose att svensk rätt uppfyllde PKs krav på att förbud skall kunna meddelas mot *alla handlingar av beskaffenhet att, genom vilket medel det vara må, framkalla förväxling med en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel* (art. l0^{bis} 3.1 PK).[62] Det är uppenbart att avfattningen av 8 § MFL är snävare än vad som följer av PK.

MU föreslog att bestämmelsen (12 § i utredningens förslag) skulle avse vilseledande beträffande kvalitet eller ursprung.[63] I regeringsbehandlingen ändrades emellertid bestämmelsen till dagens lydelse, där

[61] MD 2002:20 (Champagnesmak!).
[62] Se prop. 1994/95:123 s. 59; jfr Bernitz i NIR 1996 s. 137.
[63] Se SOU 1993:59 s. 63.

det således inte talas om *kommersiellt ursprung*.[64] Distinktionen mellan vilseledande om kommersiellt ursprung och vilseledande efterbildning var inom marknadsföringslagstiftningen tidigare uteslutande av teoretiskt slag. Eftersom bedömningen enligt 1970 och 1975 års marknadsföringslagar regelmässigt gjordes enligt den stora generalklausulen, som omfattade alla former av vilseledande, var det tidigare som regel likgiltigt på vilket sätt något var vilseledande. I och med 1996 års MFL kan gränsdragningen mellan vilseledande kännetecknensanvändning och vilseledande efterbildning emellertid bli materiellt intressant, eftersom vilseledande rent generellt faller under 6 § MFL, medan förbudet mot vilseledande *efterbildningar* i 8 § MFL närmast är avsett att ta sikte på rena varu- och förpackningsutstyrslar. Det får därför antas att bestämmelsen i 8 § MFL också har fått ett snävare tillämpningsområde än vad som traditionellt har ansetts förstås med *vilseledande om kommersiellt ursprung*, liksom enligt vad som föreslogs av MU. Det är ju uppenbart att *efterbildningar som är vilseledande genom att kunna förväxlas med andras produkter* avser något snävare än *vilseledande om ett kommersiellt ursprung*. Vilseledande ordkänneteckensanvändning, som redogjorts för ovan i avd. 6.4.3, vilken avser ett kommersiellt ursprung, synes därmed typiskt sett falla utanför tillämpningsområdet för 8 § MFL. Däremot visar praxis i fråga om vilseledande efterbildning att sådan i sig är att anse som en form av vilseledande om kommersiellt ursprung.

För att något skall anses utgöra en vilseledande efterbildning enligt 8 § MFL måste tre kriterier vara uppfyllda. För det första skall originalet ha s.k. *kommersiell särprägel*.[65] Det skall vara utformat i syfte att i *estetiskt hänseende* särskilja sig inom marknaden från andra produkter. För det andra måste det vara *känt inom marknaden så att det förknippas med en viss näringsidkare* och för det tredje skall det finnas en *risk för förväxling* med den vara som marknadsförs.[66] Bestämmelsen bygger på

[64] Se prop. 1994/95:123 s. 57 ff.

[65] Kravet på särprägel har antagits ha en något annorlunda innebörd än kännetecknensrättens krav på särskiljningsförmåga (se vidare nedan s. 536 f.).

[66] Se härom Svensk marknadsrätt s. 128; Bernitz i Festskrift till Kurt Grönfors s. 54; Immaterialrätt s. 264; jfr Praktisk marknadsrätt s. 222 f.

uttalanden i motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring och kriterierna har preciserats i den praxis om vilseledande efterbildningar som utvecklades enligt 1970 och 1975 års marknadsföringslagar.[67]

Redan *Knoph* konstaterade att varumärken inte var det enda medel som brukades för att särprägla och kännetecknа varor. Med en iögonenfallande och karaktäristisk förpackning, med färg och utstyrsel, storlek och form, sökte de skilda varusorterna att framhäva fördelar och vädja till köparnas gunst. Också med efterbildning av varuutstyrslar, kunde man därför framkalla samma förväxling som genom varumärkesmissbruk, och dra nytta av konkurrenternas *goodwill*.[68] Med tanke på denna undersöknings avgränsning till ordkännetecken, finns ingen anledning att närmare beskriva utvecklingen i praxis av förbud mot otillbörliga varu- och förpackningsefterbildningar.[69] Även om bestämmelsen i 8 § MFL således tar utgångspunkt i en bedömning av en varas form eller dess förpackning, kan på en förpackning emellertid förekommande textelement vara mer eller mindre framträdande. Det finns också ett antal avgöranden om vilseledande förpackningsutstyrslar, där ordkännetecken har spelat en viss – ofta även betydande – roll för bedömningen. Från äldre praxis kan till att börja med nämnas ett avgörande angående förväxlingsrisk mellan en plastförpackning för marknadsföring av flytande allrengöringsmedel benämnt *Zak* och en förpackning för allrengöringsmedlet *Ajax*.[70]

> Trots att förpackningens färg och form företedde likheter med andra förpackningar, var etiketten så särskiljande att förpackningen, sedd som helhet, fick anses ha särprägel. Bedömningen av risken för att *Ajax*- och *Zak*-förpackningarna kunde förväxlas, måste grundas på en jämförelse av de helhetsintryck som förpackningarna gav. Vid en jämförelse mellan framsi-

[67] Se Bernitz i NIR 1996 s. 137 ff.; dens. i Festskrift till Kurt Grönfors s. 54; dens. i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s. 434; jfr härtill Nordell i NIR 2001 s. 497 samt Marknadsrättens goodwillskydd s. 59.

[68] Åndsretten s. 415.

[69] Den är dessutom utförligt redogjord för i doktrinen (se Marknadsrättens goodwillskydd s. 51 ff., Bernitz i NIR 1996 s. 128 ff., dens. Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 161 ff. samt Nordell i NIR 1998 s. 219 ff.).

[70] MD 1983:3 (Ajax I); jfr avgörandet MD 1996:1 (Ajax II).

desetiketterna framstod det som uppenbart att *Zak*-förpackningens etikett i väsentliga delar var utformad på ett likartat sätt som *Ajax*-etiketten. Färgerna rött, blått och vitt fanns i stort sett på samma ställen och i samma nyanser på de båda etiketterna. Bokstäverna *Z A K* var utformade i ett typsnitt som måste anses mycket likt det som använts för *Ajax*-namnet. På *Zak*-etiketten fanns också en stiliserad figur som uppgivits föreställa en blixt och som i stort påminde om *Ajax*-etikettens tornado. Beträffande färgval och allmän uppbyggnad, fann domstolen således att de båda etiketterna företedde en betydande likhet. Material, form och färg på *Zak*-flaskan och dess kapsyl förstärkte det intryck av gemensamt kommersiellt ursprung som etiketterna gav. Några påtagliga olikheter utöver varunamnet fanns inte, med undantag för *Zak*-etikettens gula fält, vilka dock snarast gav intryck av att vara mer tillfälliga inslag i samband med lansering av en ny större förpackning och kunde inte anses klart motverka det helhetsintryck av likhet som förpackningarna lämnade. Även om konsumenten uppmärksammade namnolikheten, fanns risk för förväxling på det sätt att produkterna *Zak* och *Ajax* på grund av förpackningarnas likhet uppfattades ha samma kommersiella ursprung.

I ett liknande avgörande angående klorrengöringsmedel ansågs namnlikheten vara av central betydelse. I båda fallen var det fråga om blå plastförpackningar. Framträdande på båda förpackningarna var namnet. Originalet hette *Klorin* och efterbildningen hette *Klor Rent*.[71]

Beteckningen *Klorin* hade, efter bevisning om inarbetning, registrerats som varumärke. Käranden hade dock inte som grund för sitt förbudsyrkande mot användningen av *Klorrent* och *Klor Rent* åberopat att förfarandet utgjorde varumärkesintrång. Ett förbud enligt MFL kunde heller inte meddelas på denna grund. Prövning gällde således inte frågan om det påtalade förfarandet utgjorde varumärkesintrång, utan om förfarandet innebar ett vilseledande om kommersiellt ursprung som skulle anses otillbörligt enligt MFL. Därvid beaktade domstolen, att beteckningen *Klorin* som huvudbeståndsdel hade ordet *klor* och fick sin väsentliga karaktär av detta ord. Ordet angav i huvudsak den aktuella varans art. Ordet som ämnesnamn måste i och för sig kunna användas fritt av olika näringsidkare. De påtalade beteck-

[71] MD 1988:6 (Klorin I).

ningarna *Klorrent* och *Klor Rent* kunde sägas beskriva varans art och användning. I ärendet hade inte lagts fram någon utredning om vilka förväxlingsfall som kunde uppstå i detta sammanhang. Under dessa omständigheter fanns inte tillräckliga skäl för att bedöma användningen av de påtalade beteckningarna i sig såsom otillbörlig enligt MFL. Däremot ansågs originalförpackningen som helhet vara särpräglad genom namnet *Klorin* överst på etiketten och själva flaskans blå färg i kombination med den blåvita färgskalan i etiketten. Eftersom förpackningarna, trots detaljskillnader, gav ett mycket likartat helhetsintryck, ansågs det föreligga risk för förväxling.

Ajax- och *Klorin*-avgörandena, där det således på grund av förpackningarnas likhet i övrigt i form och färgställning, konstaterades att känneteckenslikhetsfrågan blev av mindre betydelse, kan jämföras med ett avgörande rörande fotbollar, i vilket det var just känneteckenslikheten som var avgörande.[72] Grundformen på en fotboll kan ju knappast vara vald för att individualisera produkten kommersiellt. Fotbollarna var emellertid i övrigt snarlikt mönstrade.

MD anförde att det i princip var tillåtet att efterbilda prestationer som inte var immaterialrättsligt skyddade. Marknadsföring av efterbildade produkter kunde dock vara otillbörlig om efterbildningen utnyttjades för att vilseleda genom att framkalla förväxling med andras varor eller verksamhet. Såväl ordmärken (*Select / Jelect*) som den grafiska utformningen, ansågs mycket snarlika, vilket innebar förväxlingsrisk. Med hänsyn till förbudsyrkandets utformning hade MD inte anledning att närmare överväga om dekoren borde anses ha särprägel. Dekoren konstaterades i vart fall inte vara ägnad att minska den förväxlingsrisk som *namnlikheten* gav upphov till. Även om det inte påstått finnas någon kvalitetsmässig skillnad mellan de båda bollarna, låg det i förfarandet ett moment av utnyttjande av det goda anseende som *Select*-fotbollarna hade.

Från praxis kan nämnas också ett par avgöranden som gällt efterbildning av tidningslayout, där tidningarnas titlar utgjort viktiga faktorer i bedömningen. Domstolen förbjöd i MD 1983:18 (Weekend Pressen) marknadsföring av en tidning som hade givits en framsideslayout, vil-

[72] MD 1987:30 (Select).

ken hade utförts på ett sätt som medförde risk för förväxling med tidningen *Expressen*.

> Enligt MD hade titeln, den blå ramen och de gula s.k. plattorna på tidningens framsida en påtaglig karaktär av varukännetecken. Dessa inslag syftade till att identifiera tidningen. En förutsättning för att ett förbud mot utnyttjande av en efterbildning skulle komma i fråga, var att det efterbildade objektet var särpräglat och väl känt inom marknaden. För att en varuutformning skulle anses särpräglad, krävdes att den huvudsakligen hade en särskiljande funktion. De stående typografiska inslagen på *Expressens* förstasida hade uppenbarligen som väsentligt syfte att hos köparna skapa en minnesbild av tidningens utseende och att skilja tidningen såsom köpobjekt från övriga kvällstidningar. Förstasidan hade, enligt MD, tydlig särprägel genom namnets färg och stilsort, den blå ramen och de gula s.k. *plattorna*. Det måste tas för givet att de särpräglade inslagen på *Expressens* förstasida av tidningsköparna förknippades med just *Expressen* och alltså var väl kända hos allmänheten. Prövningen av om det fanns risk för förväxling måste grundas på en jämförelse av det helhetsintryck som tidningarnas förstasidor gav. En sådan jämförelse visade att tidningarna hade en hög grad av likhet. Förväxlingsrisken fick enligt MD anses uppenbar. Marknadsföringen av *Weekendpressen* med utnyttjande av kännetecken som var utmärkande för *Expressen*, var därför ägnad att vilseleda köparna i fråga om tidningens kommersiella ursprung och var därmed otillbörlig enligt MFL.

I ett liknande avgörande[73] hade en tidning använt en förstasida med ordet *Segling* i viss typografisk utformning som kunde föranleda förväxling med en annan tidning.

> MD konstaterade att ordet *Segling* på förstasidan av den tidning, som givits ut av *AB Svensk Specialpress* under namnet *Segling eller Segling & Windsurfing*, hade en karakteristisk utformning, kännetecknad av att ordet tryckts med kraftiga raka bokstäver tvärs över hela sidan. Enligt MD hade ordet – även med de variationer i stilsorter som förekommit – en enhetlig och särpräglad utformning som var ett kännetecken för tidningen. Det måste anses uppenbart att detta kännetecken var väl känt bland seglingsintresserade läsare och av dem förknippades med just den tidningen. Denna be-

[73] MD 1984:17 (Race & Cruising Segling med Surfing).

dömning ändrades inte av att viss förvirring syntes ha uppstått genom att tidningens utgivning avbrutits och tidningen *Race & Cruising Segling med Surfing* kommit ut på marknaden. Prövning av om det fanns risk för att *Race & Cruising Segling med Surfing* förväxlades med den äldre tidningen måste grundas på en jämförelse av det helhetsintryck som tidningarnas förstasidor gav. Detta intryck bestämdes i väsentlig utsträckning av hur ordet *Segling* utformats. Jämförelsen visade att de båda tidningarna hade en hög grad av likhet på grund av detta ords utformning. Att förväxlingsrisk förelåg ansågs uppenbart. Marknadsföringen av *Race & Cruising Segling med Surfing*, med utnyttjande av ett kännetecken som var utmärkande för tidningen *Segling / Segling & Windsurfing*, var alltså ägnad att vilseleda köparna i fråga om tidningens kommersiella ursprung och därmed otillbörlig enligt MFL.

De ovan anförda avgörandena visar påtagliga likheter med den varumärkesrättsliga förväxlingsbedömningen (jfr ovan avd. 4.4.1), där de tre kriterierna – *förväxlingsrisk*, *känd* och *särpräglad* – närmast motsvarar *förväxlingsbarhet*, *inarbetning* och *särskiljningsförmåga*. Likheten förstärks om principerna om kännetecknets *mening* och *referens* skall anläggas också på den marknadsrättsliga otillbörlighetsgrunden vilseledande om kommersiellt ursprung – särskilt i fråga om vilseledande efterbildning. För det första måste originalet ha *kommersiell särprägel*. Det måste ha egenskaper som gör att det kan uppfattas som ett kännetecken hos konsumenterna. Genom inarbetning, d.v.s. att det blir känt hos konsumenterna, förvärvar det en kommersiell *mening*. Förväxlingsrisken medför att konsumenterna kan förväxla produkternas kommersiella ursprung, d.v.s. dess *referens*. Den marknadsföringsrättsliga bedömningen kan dock sägas vara mer dynamisk än den traditionella varumärkesrättsliga förväxlingsbedömningen. Även om en helhetsbedömning skall vara utgångspunkten också för den kännetecknensrättsliga förväxlingsbedömningen (jfr ovan avd. 4.4.1.1), ser MD på ett annat sätt än allmän domstol till helhetsbilder, där även andra särskiljande komponenter än traditionella kännetecknensfakta bidrar till otillbörlighetsbedömningen i en marknadsföringssituation.[74] Av särskilt intresse

[74] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 14 och 107.

kan då vara att jämföra den marknadsrättsliga bedömningen med det ovan (s. 353 f.) berörda äldre *Ramlösa*-avgörandet,[75] vilket ju på sin tid kritiserades av *Eberstein* för att domstolen företog en helhetsbedömning med beaktande av även annat än rena kännetecknsfakta i snävare bemärkelse.[76] Det som framförallt skiljer bedömningarna åt, är således att MD i sin förväxlingsbedömning traditionellt sett har kunnat ta fler kännetecknande egenskaper, såsom t.ex. färgsättning och förpackningsdekor i beaktande än vad som varit möjligt i den kännetecknsrättsliga intrångsbedömningen.[77]

6.5 Jämförande reklam

Enligt nordisk rätt har det inte ansetts utgöra kännetecknsintrång att åberopa en konkurrents varumärke inom ramen för jämförande reklam.[78] För att det från kännetecknsrättslig synpunkt skall vara tillåtet att i en jämförelse hänföra sig till annans varumärke, måste det emellertid ske på sådant sätt att det inte kan uppfattas som att kännetecknet åsyftar annonsörens varor.[79] Situationen vid jämförande reklam är således att risken finns att en näringsidkare drar otillbörlig fördel av den *mening* som finns i den jämförda varans kännetecken. Skalan är emellertid flytande och vissa former av jämförande reklam kan vara av sådant slag att förbrukarna kan förledas att tro att det finns ett kommersiellt samband mellan varorna.[80] Mindre seriöst utformad jämförande reklam kan

---

[75] HovRn över Skåne och Blekinge dom den 19 november 1937 (SvJT 1940 ref. 5) (Ramlösa).

[76] Se Eberstein i Festskrift tillägnad Nils Stjernberg s. 72 ff. och ovan avd. 4.5.3.

[77] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 107.

[78] Immaterialrätt s. 277; Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare, s. 190 ff.; Nordell i NIR 1992 s. 499 ff.; Bernitz i NIR 1998 s. 196; jfr även motiven till 1931 års ändringar i varumärkeslagen, där ett förbud också mot fullt sanningsenliga jämförelser mellan olika varor inte ansågs tillrådlig, eftersom det kunde ”lägga alltför tyngande band på konkurrensen och ej verka till fromma för den köpande allmänheten”. Ett sådant förbud ansågs också närmast höra till området för illojal konkurrens (prop. 1930:215 s. 10; även Norberg i NIR 1966 s. 88 och Heiding s. 41).

[79] Jfr Bernitz i NIR 1998 s. 196.

[80] Jfr Kur i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s. 449.

således medföra risk för förväxling med konkurrenten eller dennes produkter, vilket kan innebära kännetecknensintrång eller vilseledande om kommersiellt ursprung enligt marknadsföringslagstiftningen.[81] I sådana extrema fall tenderar skyddet mot otillbörliga jämförelser att bli ett skydd för det åberopade kännetecknets *referens* av ett mer kännetecknensrättsligt slag.[82]

Det har tidigare varit en gällande marknadsetisk uppfattning att direkta jämförelser i reklam skulle vara otillbörliga *per se*.[83] Det ansågs som något i sig negativt inom näringslivet.[84] Före 1966 innehöll ICCs Grundregler för reklam följaktligen en principförklaring om att direkt jämförelse med en konkurrerande märkesvara, ett visst företag eller viss tjänst borde undvikas.[85] Inställningen till marknadsföringsmetoden har sedermera emellertid ändrats.[86] Samtidigt har jämförande reklam blivit allt vanligare.[87] Sådan reklam följer sedan länge allmänna tillbörlighetsprinciper, men bör tillämpas med aktsamhet.[88] Enligt art. 6 i gällande Grundregler skall jämförelser i reklam ”vara så utformade att de inte är ägnade att vilseleda och skall vara förenliga med god sed i konkurrensen näringsidkare emellan. De punkter som ingår i jämförelsen skall vara utvalda på ett rättvisande sätt och bygga på fakta som kan styrkas.” Utgångspunkten enligt svensk rätt har också varit att korrekta jämförelser skall vara tillåtna. I propositionen till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring uttalade departementschefen att korrekt utförda jämförelser var av stort värde för konsumenterna som vägledning vid valet mellan olika varor och tjänster.[89] Nyttan av jämförelsen gällde naturligt-

---

[81] Jfr Bernitz i NIR 1998 s. 196 f.

[82] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 75.

[83] Se t.ex. prop. 1930:215 s. 4; jfr Bernitz/Modig/Mallmén, Otillbörlig marknadsföring, Stockholm 1970, (cit. Otillbörlig marknadsföring) s. 150.

[84] Se SOU 1993:59 s. 271.

[85] Se Norberg i NIR 1966 s. 89 ff.; jfr Bernitz i NIR 1998 s. 186 och Dölling, Jämförande reklam i Sverige och EU s. 22.

[86] Jfr Bernitz i NIR 1998 s. 186.

[87] Otillbörlig marknadsföring s. 150; jfr SOU 1958:10 s. 237 not 2.

[88] Prop. 1970:57 s. 70; jfr Otillbörlig marknadsföring s. 150 och Bernitz i NIR 1981 s. 52 f.

[89] Prop. 1970:57 s. 70; jfr SOU 1993:59 s. 272; jfr även MD 1982:14 (Lasses färg) och 1990:26 (Hedbergs Guld & Silver I).

vis endast under förutsättning att jämförelsen var korrekt utförd och avsåg relevanta punkter.[90] MU konstaterade också att icke korrekta jämförelser kunde skada en utsatt näringsidkare. I sina domskäl har MD regelmässigt uttalat att den sett positivt på jämförelser, eftersom de antagits kunna stimulera konkurrensen på ett för konsumenterna gynnsamt sätt,[91] men att jämförelsen bör fylla höga krav på vederhäftighet, eftersom den ofta är ägnad att ge ett särskilt starkt intryck av objektivitet och därigenom väcka speciellt förtroende hos mottagaren.[92]

Direkta jämförelser omfattas i och för sig av bestämmelsen om vilseledande reklam i 6 § MFL. MU föreslog i sitt betänkande att den bestämmelsen skulle omfatta sådan reklam som var vilseledande för konsumenter och andra förbrukare genom att på ett missvisande sätt beskriva inte bara näringsidkarens egna, utan även en *annan näringsidkares verksamhet*, varor eller tjänster.[93] Därmed tydliggjordes att lagen gällde också beträffande jämförande reklam.[94] Den rikhaltiga praxis från MD som ger uttryck åt att jämförande reklam i princip godtas, under förutsättning att jämförelsen uppfyller högt ställda krav på vederhäftighet och representativitet, skulle enligt MU på detta sätt komma till uttryck i lagtexten.[95]

Inställningen till direkt jämförande reklam har under lång tid varierat mellan skilda europeiska länder. I vissa länder, såsom i Storbritannien, har det varit accepterat att göra direkta jämförelser, medan det i andra länder, såsom t.ex. Tyskland har varit förbjudet.[96] Det har därtill rått stora skillnader mellan medlemsstaterna vad gällt den praxis som utvecklats i bedömningen av jämförande reklam.[97] Inom EU har området

---

90 SOU 1993:59 s. 278.

91 Se t.ex. MD 1975:18 (Scandinavian Touring).

92 Se t.ex. MD 1982:14 (Lasses färg). Se härtill SOU 1993:59 s. 275 och Ds 1999:35 s. 49.

93 SOU 1993:59 s. 270.

94 Jfr Ds 1999:35 s. 45.

95 SOU 1993:59 s. 270.

96 Se härom Tilmann i GRUR 1997 s. 790 ff.; Ohly/Spence, The Law of Comparative Advertising: Directive 97/55/EC in the United Kingdom and Germany (cit. Ohly/Spence) s. 29 ff.; Ohly/Spence i GRUR Int. 1999 s. 684; Kur i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s. 438 ff.; även Norberg i NIR 1966 s. 79 ff.; jfr SOU 1993:59 s. 272 och Bernitz i NIR 1998 s. 186.

97 Se härom Ohly/Spence.

därför harmoniserats genom Europaparlamentets och rådets direktiv (97/55/EG) om ändring av direktiv 84/450/EEG om vilseledande reklam, vilket numera omfattar även jämförande reklam (Direktivet om jämförande reklam) som antogs år 1997. Enligt direktivets art. 1 är dess avsikt att skydda konsumenter och näringsidkare mot vilseledande reklam samt att ange under vilka förutsättningar sådan reklam är tillåten. Förutsättningarna för att jämförande reklam skall vara tilllåten anges i art. 3 a 1:

> Jämförande reklam skall, såvitt avser själva jämförelsen, vara tillåten under förutsättning att
> a) den inte är vilseledande enligt artiklarna 2.2, 3 och 7.1,
> b) den jämför varor eller tjänster som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål,
> c) den på ett objektivt sätt jämför en eller flera väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos dessa varor och tjänster, vilket även kan inbegripa priset,
> d) den inte medför förväxling inom marknaden mellan annonsören och en konkurrent eller mellan annonsörens och en konkurrents varumärken, firmanamn eller andra kännetecken, varor eller tjänster,
> e) den varken misskrediterar eller uttrycker sig nedsättande om en konkurrents varumärken, firmanamn eller andra kännetecken, varor, tjänster, verksamhet eller förhållanden,
> f) den i fråga om produkter med ursprungsbeteckning alltid avser produkter med samma beteckning,
> g) den inte drar otillbörlig fördel av en konkurrents varumärkes, firmanamns eller andra kännetecknens renommé eller av en konkurrerande produkts ursprungsbeteckning,
> h) den inte framställer en vara eller en tjänst som en imitation eller ersättning för en vara eller tjänst som har ett skyddat varumärke eller firmanamn.

Några av direktivets bestämmelser har tydlig bäring på kännetecken. Det gäller vissa aspekter av direkta jämförelser, såsom naturligtvis den direkta jämförelsen med en viss vara, och därtill anknytande frågor om förväxling (art. 3 a 1 d och 8 a § första stycket 4 MFL), misskreditering

(art. 3 a 1 e och 8 a § första stycket 5 MFL), renommésnyltning (art. 3 a 1 g och 8 a § första stycket 7 MFL) samt bestämmelserna om geografiska ursprungsbeteckningar (art. 3 a 1 f och 8 a § första stycket 6 MFL) och slutligen även imitationer (art. 3 a 1 h och 8 a § första stycket 8 MFL).

I en rapport av *Bernitz* om direktivets implementering, vilken presenterade i juli 1998,[98] föreslogs att direktivet borde genomföras genom en eller flera uttryckliga bestämmelser. Han framhöll också att det tydligt borde framgå av lagtexten att de nya bestämmelserna utgjorde en särskild reglering av jämförande reklam och att marknadsföringslagstiftningens övriga regler skulle vara tillämpliga också på jämförande reklam såvitt avsåg annat än själva jämförelsen.[99] Förslaget, som accepterades av regeringen, genomfördes i svensk rätt år 2000 genom införande av 8 a § MFL.

I propositionen konstaterade regeringen att direktivets förbud mot vilseledande jämförelser motsvarades fullt ut av 6 § MFL. Det kunde därför ifrågasättas om någon ny lagtext egentligen behövdes, men även i de fall där rådande praxis stod i överensstämmelse med direktivets bestämmelser, fanns det anledning att genomföra direktivet i uttryckliga bestämmelser.[100]

Direktivet tillämpar en mycket vid definition av vad som skall avses med jämförande reklam. I preambelns p. 6 anges att det är önskvärt att begreppet ges en vid innebörd som kan omfatta alla typer av jämförande reklam och enligt direktivets art. 2 a definieras jämförande reklam som all reklam som *uttryckligen eller indirekt* pekar ut en *konkurrent* eller varor eller tjänster som tillhandahålls av en sådan. Även om den närmare tolkningen av vad som i detta sammanhang skall avses med *konkurrent* måste lämnas åt rättspraxis, har det i den juridiska doktrinen spekulerats något om dess närmare innebörd. *Bernitz* konstaterade att det

[98] Juridiska styrgruppens inom Nordiska Ämbetsmannakommittén för Konsumentfrågor rapport om förhållandet mellan direktivet om jämförande reklam och de nordiska ländernas marknadsföringslagstiftning.

[99] Prop. 1999/2000:40 s. 27.

[100] Loc. cit.

enligt direktivet måste föreligga en konkurrensrelation mellan den näringsidkare som gjorde jämförelsen och den som blev jämförd. Normalt torde denna avgränsning sakna självständig betydelse, eftersom det var naturligt att jämförelser i reklam skedde just med konkurrerande produkter. Man kunde dock tänka sig fall där jämförelser skedde med produkter som inte tillhandahölls av företag som konkurrerade på den aktuella marknaden, t.ex. därför att den ifrågavarande produkten bara såldes i annat land. I så fall skulle situationen falla utanför direktivets tillämpningsområde.[101]

Det har ansetts självklart att jämförande reklam normalt endast bör behandla produkter som låter sig jämföra, t.ex. varor som avser samma användningsområde – vilket direkt utesluter jämförelser mellan lågpris- och märkesvaror.[102] Enligt 8 a § första stycket 2 MFL (direktivets art. 3 a 1 b) måste jämförelsen, för att vara tillåten, avse produkter som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål. I det perspektivet är det intressant att konstatera att MDs uppfattning i det ovan (s. 446 f. och s. 459) berörda avgörandet MD 2002:20 (Champagnesmak!), där bestämmelsen i 8 a § MFL om jämförande reklam också prövades, är att 8 a § över huvud taget inte skall äga tillämpning när produkterna inte avser varor eller tjänster som svarar mot samma behov eller är avsedda för samma ändamål. Domstolen uttalade lakoniskt att eftersom yoghurt och champagne inte var konkurrerande produkter, kunde förfarandet inte omfattas av 8 a § MFL.[103]

Enligt 8 a § första stycket 3 MFL (direktivets art. 3 a 1 c) måste reklamen på ett objektivt sätt jämföra en eller flera väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper, vilket även kan inbegripa priset. Från *konsumentsynpunkt* är det särskilt viktigt att jämförande reklam är korrekt, saklig och vederhäftig. Jämförelsen måste ge en totalbild som är representativ för marknaden, där alla relevanta aspekter be-

[101] Bernitz i NIR 1998 s. 188.
[102] Jfr Nordell i NIR 1992 s. 500 och Praktisk marknadsrätt s. 241.
[103] Se härom Nordell i NIR 2003 s. 94 ff. samt Marknadsrättens goodwillskydd s. 82 f.

aktas och där alltför långtgående slutsatser inte dras av jämförelsen.[104] Från *näringsidkarsynpunkt* är kravet på saklighet om den jämförda varan av störst betydelse, och även om uppgifter om en konkurrerande näringsidkares varor tillåts, måste vederhäftighetskravet vid negativa uppgifter om konkurrerande näringsidkares varor ställas mycket högt.[105] I jämförande reklam åberopas så gott som uteslutande att den egna varan är bättre eller åtminstone lika bra som den vara med vilken den jämförs. Näringsidkaren tillgodogör sig därigenom *goodwill* som finns nedlagd i konkurrentens varor. Det föreligger således ett intressant samband mellan ovederhäftighet i jämförande reklam och kännetecknensutnyttjande. Förbudet mot otillbörliga direkta jämförelser liknar därmed i mycket bevekelsegrunderna bakom 4 och 4 a §§ VmL.[106] Otillbörligheten kan ju även här ligga i såväl *referens* som *mening*. Vad gäller *referens*, kan omsättningskretsen förledas att se ett kommersiellt samband mellan de jämförda produkterna. När det gäller *mening* kan, liksom inom kännetecknensrätten, förbrukarna förledas att se den jämförda varans egenskaper i den jämförande. Åtgärden kan avse att *meningen* hos den jämförande varan skall föras över till den jämförda, vilket kan vara till förfång för den jämförda varans kännetecken och kännetecknenshavare. Den teoretiska skillnaden mellan regelverken är dock att skyddet inom marknadsföringsrätten avser åtgärder i marknadsföring och inte åtgärder avseende själva kännetecknet.

Genom att ensamrätten enligt 4 § VmL gäller endast användningen som *kännetecken* för innehavarens varor, d.v.s. som individualiseringsmedel,[107] framstår regleringen av friheten för jämförande reklam kanske som den mest betydelsefulla inskränkningen i regeln att annan inte får *använda* ett förväxlingsbart kännetecken för sina varor (4 § första stycket VmL). I anslutning till 4 § MFL anförde VFU också att det i

[104] Jfr dock uttalandet i prop. 1970:57 att det skulle vara tillåtet att begränsa jämförelsen till vissa aspekter, t.ex. priset, om det av presentationen klart framgick att en sådan avgränsning skett och att olikheter, t.ex. i kvalitetshänseende inte beaktats (prop. 1970:57 s. 70).

[105] Jfr Nordell i NIR 1992 s. 500.

[106] Jfr Norberg i NIR 1966 s. 88.

[107] SOU 1958:10 s. 237.

jämförande reklam förekom att näringsidkaren anställde jämförelse mellan den egna varan och vissa andra konkurrerande varor. Om därvid annans varukännetecken åberopades, behövde detta inte i och för sig innebära att ensamrätten till detta kränktes. För att det från varumärkessynpunkt skulle vara tillåtet att i en jämförelse hänföra sig till annans varukännetecken, måste det ske på sådant sätt att den som tog del av reklamen, inte uppfattade kännetecknet såsom åsyftande annonsörens varor. Med hänsyn till att faran för misstag i den berörda situationen måste anses vara förhållandevis stor, borde stränga krav upprätthållas i det avseendet.[108] Av uttalandet följer att åberopande av annans kännetecken i jämförande reklam *inte* utgör *användning* av varumärket i kännetecknsrättens vanliga bemärkelse, för såvitt inte den som tar del av reklamen uppfattar kännetecknet såsom åsyftande annonsörens varor. Enligt utredningen föll frågan i vad mån s.k. jämförande reklam i övrigt uppbars av legitima och lojala intressen eller var förenade med god affärssed utanför varumärkesrätten.[109]

Enligt 8 a § första stycket 4 (jfr direktivets art. 3 a 1 d) får en näringsidkare i sin reklam direkt eller indirekt inte peka ut en annan näringsidkare eller dennes produkter om det medför *förväxling* mellan näringsidkaren och en annan näringsidkare eller mellan deras produkter, varumärken, firmor eller andra kännetecken. I preambelns p. 14 anges dock att det, för att jämförande reklam skall vara verkningsfull, kan vara absolut nödvändigt att peka ut en konkurrents varor eller tjänster genom att hänvisa till ett varumärke eller en firma som tillhör en konkurrent och enligt p. 15 skall en sådan användning av en annans varumärke, firma eller andra särskiljande märken inte utgöra något intrång i ensamrätten, när villkoren i direktivet är uppfyllda, eftersom det avsedda syftet endast är att särskilja dem och därigenom framhäva skillnader på ett objektivt sätt.[110] Något som kunde göra det tveksamt om svensk rätt helt överensstämde med direktivets art. 3 a 1 d, var enligt regeringen att överträdelser enligt svensk rätt kunde konstateras redan när det förelåg

[108] Op. cit. s. 236 f.
[109] Op. cit. s. 237.
[110] Jfr Ds 1999:35 s. 62 och Bernitz i NIR 1998 s. 196.

risk för förväxling medan direktivet anger att det kan föreligga en överträdelse enbart när det konstaterats föreligga en förväxling utan att någon risk för sådan förelegat. I fråga om varumärkesintrång och liknande intrång gällde enligt den immaterialrättsliga lagstiftningen att det var tillräckligt att det förelåg risk för förväxling. Vad beträffade tillämpningen av MFL kunde direktivtexten däremot möjligen leda till tanken att direktivet i detta avseende ställde strängare krav än vad som gällde i Sverige. Hur det därmed förhöll sig fick avgöras i rättstillämpningen och slutligt av EG-domstolen.[111] Eftersom direktivet krävde full harmonisering, måste den svenska bestämmelsen om förväxling enligt regeringen emellertid utformas så att direktivets syn kom till uttryck i svensk rätt.[112]

Det finns ett par avgöranden från MD rörande direkt jämförelse, vilka tydligt liknar det ovan (s. 403) berörda *Mazda*-avgörandet,[113] där fråga närmast är om marknadsföringens överensstämmelse med direktivets krav på att en kännetecknensanvändning inte får utgöra något intrång i annans ensamrätt (jfr strax ovan). I det ena fallet[114] hade en bild av en förpackning av ett naturmedelspreparat – *Maxglandin* – placerats i förgrunden framför ett av en konkurrerande näringsidkare sedan en längre tid marknadsfört medel – *Pre-Glandin*. Annonsen innehöll även texten ”Kära Preglandinvänner – här är årets nyhet”. MD prövade bland annat om marknadsföringen innebar vilseledande jämförelse.

> MD konstaterade att marknadsföringen innebar en jämförelse mellan halten av GLA[115] i de båda produkterna, vilket måste innefatta ett påstående om att preparaten var likvärdiga genom att de påverkade den mänskliga organismen på samma sätt. Jämförelsen gav också intrycket att *Maxglandin* hade bättre egenskaper än *Pre-Glandin*, eftersom det innehöll *dubbla styrkan*. Påståendet att preparatens innehåll av GLA ensamt skulle vara avgörande för preparatets hälsoeffekt kunde inte styrkas. Klart ansågs vara att

[111] Ds 1999:35 s. 63 f.
[112] Loc. cit.; prop. 1999/2000:40 s. 28.
[113] Uppsala TR dom den 11 dec. 1980 (Mazda).
[114] MD 1987:10 (Pre-Glandin).
[115] D.v.s. gammalinolensyra.

> preparaten inte var identiska i fråga om sammansättningen av fettsyror, varför det inte kunde bortses ifrån att preparaten hade olika hälsoeffekt. Likvärdighet i detta hänseende hade inte styrkts och det kunde inte göras gällande att *Maxglandin* hade bättre egenskaper. Domstolen fann därför att annonsen innehöll en otillbörlig jämförelse. Vidare framgick inte av annonsen att *Pre-Glandin* var en konkurrerande produkt. Det fick därför antas att många konsumenter vilseleddes att tro att preparaten hade samma kommersiella ursprung. Annonsen befanns även på denna grund otillbörlig.

I det andra avgörandet[116] hade *Kapp-Ahl* i en annons för kläder, i anslutning till en bild av en man i kostym, återgivit texten ”ARMA NI som fortsätter att betala för mycket. Jämför gärna våra kostymer med de dyra kusinerna från Italien. Det är inte mycket som skiljer. Kanske är det bara den lilla skrytetiketten i nacken och tusenlappar på priset”. De inledande orden i annonstexten hade återgivits med ett typsnitt som liknade *Armanis*.

> Domstolen fann det uppenbart att annonsen anspelade på namnet *Armani* och att den både innebar ett utnyttjande och en nedvärdering av *Armaninamnet*. Enligt MD innehöll annonsen även en form av jämförelse mellan de annonserade kostymerna och *Armanis* kostymer. Anspelningarna kunde inte anses vilseleda om kommersiellt ursprung och de kunde i sig inte ses som otillbörlighetsgrund. Däremot ansågs att hänsyftningarna på *Armani* tillsammans med den i annonsen invävda jämförelsen genom antydanden och de delvis vaga formuleringarna rörande pris och kvalitet som helhet vara otillbörliga.

Sannolikt hade dessa båda mål med samma framgång som *Mazda*-avgörandet[117] kunnat föras som varumärkesintrångsmål. I inget av avgörandena kan väl sägas att åberopade kännetecken i teknisk bemärkelse *använts som kännetecken* för den marknadsförda varan (jfr 4 § första stycket VmL), men i samtliga avgöranden används de explicit som kännetecken i marknadsföringen av den egna varan. I det perspektivet

[116] MD 1987:11 (Armani).
[117] Uppsala TR dom den 11 dec. 1980 (Mazda).

framstår *Pre-Glandin*-avgörandet med särskild pregnans, eftersom *huvudintrycket* av marknadsföringen som *en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst genomsnittskonsument* kan *tänkas ha*, vid *ett flyktigt påseende* ger att de jämförda produkterna *de facto* har ett gemensamt kommersiellt ursprung, d.v.s. samma *referens*.[118]

Det första avgörandet från EG-domstolen angående tolkning av direktivet om jämförande reklam, det s.k. *Toshiba*-avgörandet,[119] är intressant, eftersom det tar upp förhållandet mellan rätten att åberopa annans kännetecken enligt Varumärkesdirektivet, såväl som enligt direktivet om jämförande reklam. Fråga var om angivande i en varukatalog av produktnummer (OEM-nummer), vilka en tillverkare av kopieringsapparater m.m. använde för egna reservdelar och förbrukningstillbehör. Åtgärden ansågs utgöra otillåten jämförelse enligt direktivet om jämförande reklam. Domstolen hade bland annat att ta ställning till om åtgärden var förenlig med direktivets art. 3 a 1 c, d.v.s. om det kunde anses utgöra jämförande reklam som på ett objektivt sätt jämförde en eller flera av varornas väsentliga, relevanta och utmärkande egenskaper.

> Enligt domstolen kunde angivelsen av OEM-nummer utgöra reklam som på ett objektivt sätt jämförde en eller flera av varornas väsentliga, relevanta och utmärkande egenskaper (p. 40). Av en jämförelse mellan art. 2.2 a och 3 a framgick att de, bokstavligt tolkade, skulle innebära att varje angivelse som gjorde det möjligt att identifiera en konkurrent, eller de varor och tjänster som denne erbjöd, skulle vara otillåten i meddelanden som inte innehöll någon jämförelse på det sätt som avsågs i art. 3 a. Så skulle vara fallet med en ren angivelse av varumärket för en tillverkare av originalmodeller eller hänvisningar till modeller för vilka reparationsdelar och förbrukningstillbehör tillverkades (p. 33). Det följde emellertid av art. 6.1 c i Varumärkesdirektivet och domstolens rättspraxis,[120] att användningen av någon annans varumärke kunde anses vara berättigad, om det var nödvändigt för att upplysa allmänheten om en produkts art eller om ändamålet med en erbjuden tjänst (p. 34). Det kunde därför konstateras att en bokstavlig tolkning av di-

[118] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 130 f.
[119] Mål C-112/99 (Toshiba).
[120] Domstolen hänvisade här till mål C-63/97 (BMW) p. 58–60.

rektivet om jämförande reklam ledde till motsägelser i förhållande till Varumärkesdirektivet och att en sådan tolkning således inte kunde godtas (p. 35). Vid sådana förhållanden skulle hänsyn tas till ändamålet med direktivet om jämförande reklam. Med åberopande av preambelns p. 2, att jämförande reklam medförde att det skulle komma att bli lättare att på ett objektivt sätt visa fördelarna med olika jämförbara produkter och att därigenom konkurrensen mellan leverantören av varor och tjänster skulle stimuleras till konsumentens fördel (p. 36), måste de villkor som skulle vara uppfyllda vad gällde jämförande reklam tolkas på det sätt som var mest fördelaktigt för denna reklam (p. 37). Angivelsen av varunummer i samband med en konkurrerande leverantörs varunummer gjorde det möjligt för målgruppen att på ett precist sätt identifiera de produkter från apparattillverkaren som motsvarade leverantörens produkter (p. 38), vilket måste anses utgöra ett påstående om att de två produkternas tekniska egenskaper var likvärdiga, d.v.s. en jämförelse av väsentliga, relevanta, kontrollerbara och utmärkande egenskaper hos produkterna enligt direktivets art. 3 a 1 c (p. 39).

I art. 3 a 1 h i direktivet om jämförande reklam talas om imitationer i jämförande reklam. I propositionen uttalades att uppgifter i marknadsföring om att en imitation eller exakt kopia av en annan produkt som säljs under särskilt kännetecken, i svensk rätt, bedömdes som varumärkesintrång eller varumärkesförfalskning. Det var enligt motiven svårt att avgöra om direktivets bestämmelse innebar en skärpning av den svenska lagstiftningen, eftersom bestämmelsen innebar ett absolut förbud. Frågan fick avgöras i rättstillämpningen.[121] Därför anges i dag uttryckligen i 8 a § 8 MFL att en näringsidkare i sin reklam, direkt eller indirekt, får peka ut en annan näringsidkare eller dennes produkter bara om jämförelsen inte framställer en produkt som en imitation eller kopia av en produkt som har ett skyddat varumärke eller firma.[122] I beaktande av att bestämmelsen tar sikte på såväl direkta som *indirekta* jämförelser bör, enligt min uppfattning, bestämmelsen om jämförande reklam i denna del anses utgöra en materiell överlappning med bestämmelsen om vilseledande efterbildning i 8 § MFL (jfr ovan avd. 6.4.4), nämligen för

[121] Prop. 1999/2000:40 s. 28.
[122] Se härom Bernitz i NIR 1998 s. 199.

det fall efterbildningen är så närgången att den kan uppfattas som en imitation eller kopia.

6.6 Renommésnyltning

Jämförande reklam kan samtidigt också innebära såväl *renommésnyltning* som *misskreditering*.[123] Renommésnyltning innebär att en näringsidkare i sin marknadsföring utan samtycke på ett otillbörligt sätt anknyter till en annan näringsidkares mer eller mindre välkända verksamheter, varumärken eller symboler.[124] Det otillbörliga i dessa fall består enligt domstolen i att den *snyltande till sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos konsumenterna, vilken skapats genom insatser av den andre näringsidkaren. Ett sådant utnyttjande är typiskt sett också ägnat att i en eller annan form skada den utsatte näringsidkaren och att försämra konsumenternas marknadsöverblick*.

Inom marknadföringsteori har traditionellt talats om *imagetransfer*,[125] något som vanligen åstadkoms genom att en näringsidkare i sin marknadsföring utnyttjar en konkurrents varor eller kännetecken för att positionera sina egna produkter. Det är således konkurrentens *mening* som man vill åt. Ett fall av otillbörlig renommésnyltning som exemplifierats i motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring, var användning av en högklassig främmande produkt i den egna reklamen för att skapa en gynnsam atmosfär. Det exempel som gavs var användning av ett exklusivt och dyrbart bilmärkes välkända kylarmaskering som bakgrund i marknadsföring av cigarettändare eller armbandsur.[126]

Renommésnyltning kommer, såsom ovan (avd. 4.4.5) beskrivs, till uttryck i den gällande svenska kännetecknsrättens förväxlingslära ge-

[123] Jfr Norberg i NIR 1966 s. 77.
[124] Jfr Immaterialrätt s. 273 och Bernitz, Marknadsföringslagen 2 uppl. s. 71 ff.
[125] Imagetransfer s. 26 ff.
[126] SOU 1966:71 s. 246; jfr prop. 1970:57 s. 71 f.; jfr även det tyska avgörandet BGH GRUR 1983 s. 247 (Rolls-Royce) samt härtill Kur i NIR 1988 s. 135.

nom bestämmelsen om skydd för väl ansedda kännetecken. Enligt 6 § andra stycket VmL och FL anses ju kännetecken förväxlingsbara om annans användning av ett *väl ansett* sådant drar otillbörlig fördel av det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller *anseende*. Renommésnyltning är inte heller förenlig med god marknadsföringssed. Enligt art 10 i ICCs Grundregler får reklam inte obehörigt utnyttja namn eller namnförkortning tillhörande annat företag, annan organisation eller institution. Reklamen får inte heller utformas så att det goda *renommé* som är förknippat med namnet på en person, annat företags firma och kännetecken eller som företaget uppnått genom en reklamkampanj, utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Förfarandet utgör således en etablerad typ av otillbörlig marknadsföring och kan åtkommas med hjälp av generalklausulen i 4 § MFL.

MU föreslog att renommésnyltning borde vara direktsanktionerad enligt MFL. Motiveringen var att renommésnyltning givits en olycklig och föga ändamålsenlig insnävning i 1970 års förarbeten i förhållande till vad det i själva verket handlade om. Det primära i renommésnyltning var enligt utredningen just skadeeffekter för en annan näringsidkare. Den eventuella suggereringen av konsumenter eller andra förbrukare var en sekundär effekt som visserligen kunde vara otillbörlig, såsom ett vilseledande beträffande kvalitet. Renommésnyltning förelåg emellertid redan vid ett uppmärksamhetsskapande utnyttjande av annans anseende.[127] I propositionen till MFL avstyrkte regeringen utredningens förslag. En generell förbudsregel kunde inte isolera och konkret beskriva de inslag i en åtgärd som medförde att den blev otillbörlig mot konsumenter eller andra näringsidkare. Utredningens förslag hade mera karaktär av en generalklausul och nådde således inte upp till den grad av konkretion som var nödvändig. Att då med ledning av MDs knapphändiga praxis mer konkret utforma ett sådant förbud lät sig heller inte göra. Utredningens förslag i denna del borde därför inte genomföras. Otillbörliga fall av renommésnyltning fick således även framdeles angripas med stöd av generalklausulen.[128]

[127] SOU 1993:59 s. 328.
[128] Prop. 1994/95:123 s. 76.

Som konstaterades av regeringen i propositionen till MFL, har det under lång tid rått brist på vägledande praxis i fråga om renommésnyltning. Fram till slutet av 1990-talet fanns endast ett fåtal avgöranden där MD fällt en reklamkampanj på denna otillbörlighetsgrund. Eftersom så gott som alla vilseledande efterbildningar medför ett otillbörligt utnyttjande av renommé, kan det uppfattas som något förvånande att talan om renommésnyltning tidigare regelmässigt inte fördes i samband med talan om vilseledande efterbildning och annat vilseledande om kommersiellt ursprung (jfr ovan avd. 6.4.3–4).[129] Vartefter åberopades renommésnyltning i ökad omfattning, men då främst i fråga om marknadsföringssituationer där själva produkten eller dess förpackning inte stod i centrum. I ett flertal avgöranden ansågs marknadsföringen otillbörlig på andra grunder än renommésnyltning.[130] I inget avgörande enligt 1975 års MFL åberopades renommésnyltning som uteslutande otillbörlighetsgrund. Slutligen finns ett antal avgöranden där domstolen inte ansett marknadsföringsåtgärden otillbörlig, men där såväl vilseledande som renommésnyltning åberopats.[131]

I ett avgörande enligt 1975 års MFL konstaterade MD,[132] som hade att ta ställning till frågan om renommésnyltning, tillika med vilseledande om kommersiellt ursprung respektive vilseledande jämförelser, att sådan marknadsföring även innefattade renommésnyltning. En näringsidkare hade i marknadsföring av tennisracketar använt reklamtexten ”Somliga tror att det bara finns ett racket. Men här kommer Bigxon Pro från Manful Sport AB. Som du kan se är Bigxon Pro helt lik ett annat racket, Prince Pro. Det gäller både till utseende och till storlek. Och hittar du någon kvalitetsskillnad blir vi väldigt förvånade. Det som skiljer, och som är en mycket viktig detalj är priset.”

---

[129] Det gäller t.ex. MD 1974:5 (Blomin), MD 1983:3 (Ajax I) m.fl.

[130] Se MD 1995:29 (Super-Ego), där marknadsföringen ansågs vilseledande, men inte utgöra renommésnyltning, MD 1993:27 (Lap Power), där marknadsföringen ansågs vara en vilseledande jämförelse, men inte utgöra renommésnyltning.

[131] Se MD 1985:11 (Marlboro), 1988:19 (Globen), MD 1993:26 (Hemglass) och MD 1995:23 (Kupolhus).

[132] MD 1983:23 (Bigxon Pro).

> Vad gällde reklamtexten konstaterade domstolen att formuleringen måste uppfattas som ett påstående om att det inte förelåg någon kvalitetsskillnad mellan de båda racketarna. Eftersom näringsidkaren inte hade styrkt påståendets riktighet, ansågs marknadsföringen otillbörlig. Den påstådda renommésnyltningen hade ingen anknytning till framställda yrkanden, och eftersom några grunder för påståendet inte utvecklats, fanns inga skäl för att lägga detta till grund för avgörandet.

Det första avgörande enligt 1975 års MFL, i vilket en marknadsföringsåtgärd ansågs otillbörlig endast på grund av renommésnyltning, rörde en annons för en affärsgruppförsäkring benämnd *Boss*.[133] Den ansågs innebära otillbörligt utnyttjande av *Hugo Boss*' renommé, men dock inte vara misskrediterande (jfr nedan s. 495).

> Domstolen uttalade att försäkringsbolaget, genom valet av bland annat tidningen *Veckans affärer* som annonsmedium, hade vänt sig till ungefär samma mottagarkrets som *Hugo Boss*. Den påtalade annonsen hade, genom sin bildkomposition och genom den framträdande placeringen av ordet *boss* i liknande typsnitt som användes av *Hugo Boss*' påtaglig likhet med *Hugo Boss*' marknadsföring. Det fick antas att annonsen bland annat därför, och på grund av *Hugo Boss*' goda renommé, lockade många läsare att närmare ta del av innehållet. Det stod också klart att annonsen, genom den angivna likheten, skapade en association mellan *Hugo Boss*' produkter och den marknadsförda försäkringen. Detta innebar att *Hugo Boss*' goda renommé utnyttjades till att ge en fördelaktig bild av försäkringen. Annonsen var därför otillbörlig i detta avseende.

Renommésnyltningsaspekten togs upp också i de ovan (s. 474 f.) berörda *Pre-Glandin*- och *Armani*-avgörandena.[134] Ordet *renommé* användes inte uttryckligen i *Armani*-avgörandet, men domstolen uttalade att annonsen anspelade på och kunde sägas innebära ett utnyttjande av *Armani*-namnet. I *Pre-Glandin*-avgörandet konstaterades *Pre-Glandin* ha ett mycket gott renommé. Att annonsen vände sig till *Pre-Glandinvänner*, där de båda produkterna jämställts, innebar att *Pre-Glandins* renommé

[133] MD 1993:9 (Boss).
[134] 1987:10 (Pre-Glandin) och MD 1987:11 (Armani).

utnyttjats för att hos konsumenterna skapa en förmånlig bild av *Maxglandin*.

Också enligt 1996 års MFL har vägen mot ett effektivt renommésnyltningsskydd varit lång. Det första steget togs i det ovan (s. 457 f.) berörda *Galliano II*-avgörandet.[135]

> Enligt MD kunde en marknadsföringsåtgärd anses otillbörlig om den innebar att en näringsidkare, utan samtycke, anknöt till en annan näringsidkares välkända varumärke eller symbol. För att en marknadsföringsåtgärd på detta sätt skulle anses otillbörlig, krävdes emellertid inte att det förelåg någon förväxlingsrisk. Enligt MD fick såväl namnet *Galliano* som etiketten anses vara kända på den svenska marknaden. I målet var ostridigt att konsumenterna förknippade dessa kännetecken med en produkt med kvalitet och exklusiv karaktär. Enligt MD hade marknadsföringen faktiskt associerat mycket nära till *Galliano*-likören när det gällde namn och utformning av etiketten samt i sin marknadsföring i flera fall använt ordet *Galliano* och en bild av en *Galliano*-flaska. Det senare hade visserligen skett i samband med marknadsföring av *Galliano*-glas men även av essensen. På detta sätt utnyttjades *Galliano*-likörens goda renommé till att ge en fördelaktig bild av den marknadsförda liköressensen. Under dessa förhållanden måste marknadsföringen anses på ett otillbörligt sätt utnyttja *Galliano*-likörens goda renommé.

En tydlig trend synes dock vara att renommésnyltning i ökande grad framstår som en egen och självständig otillbörlighetsgrund. Av allt att döma ändrades MDs förhållningssätt till renommésnyltning i och med ett avgörande om marknadsföring av potatischips.[136] Även om otillbörlighetsgrunden *vilseledande om kommersiellt ursprung* åberopades, var det *renommésnyltningsfrågan* som ytterst ställdes på sin spets och det var endast på den grunden som marknadsföringen ansågs otillbörlig. Fråga var om användningen av kännetecknet *Robinson* för chips kunde anses utgöra otillbörlig snyltning på det renommé som fanns i TV-programmet *Expedition: Robinson*.

[135] MD 1996:3 (GallianoII).
[136] MD 1999:21 (Robinson).

> Enligt MD kunde ett TV-program, om det uppmärksammades, på kort tid bli mycket välkänt för en stor mängd konsumenter. På grund därav kunde det ha ett betydande kommersiellt värde att, vid marknadsföring av andra produkter, anknyta till programmet. I den mån detta uppmärksamhetsvärde kunde sägas medföra ett renommé för *SVT*, var det fråga om renommé i något vidare bemärkelse än som brukade avses med detta begrepp. Detta betydde emellertid inte att det borde vara tillåtet för utomstående att fritt utnyttja det uppmärksamhetsvärde som *SVT* skapat genom TV-programmet. Ett obehörigt sådant utnyttjande kunde vara renommésnyltning på samma sätt som förfaranden, vilka traditionellt hade betecknats så. Att användningen av programmet hade sin bakgrund i *Daniel Defoes* roman *Robinson Crusoe* stod klart. Vidare hade framkommit att TV-programmet väckt stor uppmärksamhet och var välkänt bland allmänheten. När *SVT* använde namnet *Robinson* i programmet *Expedition: Robinson* innebar det att *SVT* anknöt till och utnyttjade en tidigare välkänd företeelse, romanen *Robinson Crusoe*. Normalt måste sådana kända namn och företeelser, om de var allmänt tillgängliga, kunna användas också av andra näringsidkare. I det föreliggande fallet fick emellertid begreppet *Robinson* en ny aktualitet och ett nytt innehåll. I den aktuella situationen syntes allmänheten i långt högre grad knyta begreppet till TV-programmet än till romanen. Namnet *Robinson* måste därför av konsumenterna oftast uppfattas som en hänsyftning till *SVT*s TV-program *Expedition: Robinson*. *OLW*s marknadsföring, i nära tidsmässig anslutning till TV-programserien, av produkter med benämningen *Robinsonchips* och i förpackningar med en bild av söderhavsmiljö hade mycket stark anknytning till TV-programmet och associerade till detta. Därigenom utnyttjade *OLW* kommersiellt ett uppmärksamhetsvärde som *SVT* och TV-programmet fick anses ha skapat hos konsumenterna. Marknadsföringen utgjorde därför en form av renommésnyltning.

Avgörandet skiljer sig från tidigare avgöranden, där fråga varit om renommésnyltning, genom att det här, till skillnad från övriga äldre avgöranden, inte var fråga om anspelningar på eller anknytning till ett sedan länge inarbetat och vanligen synnerligen välrenommerat produktkännetecken, såsom t.ex. *Boss* eller *Armani*, utan till en mer efemär företeelse i vilken, såsom domstolen förklarade, ett *uppmärksamhetsvärde* uppkommit.

> Intressant i sammanhanget kan vara att det objekt som saken ytterst gällde var en fiktiv figur – *Robinson Crusoe* – som också utgör titeln på ett mycket känt litterärt verk av *Defoe*. Valet av titel på TV-programmet var säkert strategiskt. Det avsåg ett verk, vars titel hade *primärmening* (jfr ovan avd. 3.3.1.1.) och hög inarbetningsgrad som sådan. Eftersom skyddet för *Defoes Robinson Crusoe* sedan länge löpt ut, fanns ingen risk för angrepp från rättighetshavaren (jfr ovan avd. 4.4.4 om titelskyddet).[137] Medan *Robinsons primärreferens* således är *Defoes* roman, kom dess *sekundärreferens* att vara TV-programmet. På liknande sätt ligger *primärmeningen* i ordet *Robinson* i romanen, medan *sekundärmeningen* ligger i TV-programmet. I detta fall är det uppenbart att syftet med TV-programmets namn var att utnyttja ordets *primärmening*. Genom användning som titel på TV-programmet, förvärvade titeldelen *Robinson* en *secondary meaning* som kännetecken för detsamma. MD behövde inte ta ställning till om *Robinson* inarbetats som kännetecken, men kom fram till att det hade ett *uppmärksamhetsvärde*. (TV-programmet *Expedition: Robinson* hade genomsnittligt över två miljoner tittare.) Därigenom skapades en ny *referens* mellan namnet *Robinson* och TV-programmet och dess ”kommersiella” ursprung hos TV-företaget.

Ett TV-program eller en TV-programserie får ju, på ett helt annat sätt än ett varukännetecken av traditionellt slag, en mer momentan inarbetning och ett renommé främst i anknytning till den tid under vilken programmet sänds. MD konstaterade också att TV-program, i förhållande till flertalet andra produkter, hade speciell karaktär, bland annat genom att de inte saluhölls på samma sätt som produkter i allmänhet. Detta medförde enligt MD att det var fråga om renommé i något vidare bemärkelse än som brukar avses med detta begrepp, vilket emellertid inte betydde att det borde vara tillåtet för utomstående att fritt utnyttja det *uppmärksamhetsvärde* som *SVT* skapat genom TV-programmet. MD konstaterade att ett TV-program på kort tid kunde bli mycket välkänt för en stor mängd konsumenter. På grund därav kunde det ha ett betydande kommersiellt värde, men detta värde var dock i regel begränsat i tiden. Därför begränsades förbudet till den eller de perioder, under vilka pro-

[137] Jfr om problemet Nordell i NIR 2002 s. 110.

grammet sändes i *SVT* och ett år efter sändningsperiodens slut.[138] Ett sådant TV-program eller programserie har således ett slags momentan *mening*. Sett i ett kännetecknensperspektiv, är det uppenbart att det finns en *meningslikhet* mellan *Expedition: Robinson* och *Robinsonchips*. Det är också uppenbart att *OLW* försökt anspela på den *meningslikheten*. Emellertid kan ifrågasättas om denna anspelning verkligen utgör renommésnyltning i egentlig bemärkelse, främst på grund av att *SVT* och *OLW* torde ha enahanda *goodwillvärde* eller renommé. I vart fall står det inte klart att *SVT*s *goodwillvärde* skulle vara lägre än *OLW*s. Enligt min uppfattning utgör användningen av kännetecknet *Robinsonchips* snarare en urvattningsrisk, eftersom ett alltför omfattande utnyttjande av kännetecknet *Robinson* skulle kunna leda till en försvagning av kännetecknets särskiljningsförmåga för TV-programmet.[139]

Uttrycket *uppmärksamhetsvärde* har också använts i senare avgöranden av MD (se härom nedan s. 524 ff.). Ett avgörande gällde såväl fråga om *efterbildning* av som *renommésnyltning* på *Hästens*' rutmönstrade sängar.[140] Ett annat företag hade vid marknadsföring av sängar använt ett rutmönster som utstyrsel på sängar och madrasser, vilket var likartat *Hästens*' välkända blåvitrutiga sängar. MD ansåg marknadsföringen inte vara vilseledande enligt 6 eller 8 § MFL. Emellertid ansågs det aktuella rutmönstret ha en stark anknytning till *Hästens* kända rutmönster och associera till detta. Marknadsföringen ansågs därmed innebära renommésnyltning och vara otillbörlig enligt 4 § MFL. Därigenom utnyttjades ett kommersiellt *uppmärksamhetsvärde* som *Hästens* fick anses ha skapat hos konsumenterna.[141]

På visst sätt liknar de bakomliggande förhållandena i *Hästens*-avgörandena[142] dem i *Robinson*-avgörandet genom att *Hästens* för sina sängar valt ett tygmönster – det s.k. *Gripsholmsmönstret* med ursprung i

[138] Jfr Nordell i JT 1999-00 s. 656.
[139] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 31 och domstolens skäl i MD 1985:11 (Marlboro).
[140] MD 2000:25 (Hästens I).
[141] Jfr härtill avgörandet MD 2001:16 (Hästens II).
[142] MD 2000:25 (Hästens I), MD 2001:16 (Hästens II), MD 2002:24 (Hästens III), MD 2002:33 (Hästens IV) och MD 2003:3 (Hästens V).

1700-talet – som klädsel. Således är det också här fråga om en gammal företeelse som genom inarbetning visat sig förvärva kännetecknensegenskaper. Men, till skillnad från *Robinson*, var ju *Gripshomsmönstret* ursprungligen helt utan kännetecknande egenskaper. Sannolikt har det också medfört att inarbetningsansträngningarna varit högre för *Hästens* än för *SVT*. Å andra sidan kan ifrågasättas vilket skyddsomfång som kan ges till det mindre distinktiva rutmönstret.[143]

I några senare avgöranden av MD har frågan om vilseledande kännetecknsanvändning kan anses innebära renommésnyltning varit föremål för domstolens överväganden.

> I det ovan (avd. 6.4.2) berörda *Falu Rödfärg*-avgörandet[144] ansågs *Alcro-Beckers*, genom att referera och associera till *Storas Falu Rödfärg*, ha gjort sig skyldigt till renommésnyltning. *Alcro-Beckers* hade använt påståenden som ”Falurött för alla!”, ”njuta av den faluröda charmen” och ”precis den rätta nyansen och matta ytan som med Äkta Falu Rödfärg”. Enligt MDs uppfattning måste det vara godtagbart att använda benämningen *faluröd* för att ange en kulör som svårligen kunde beskrivas på annat sätt. Det måste också vara godtagbart att neutralt använda rödfärgsbegreppet och att anknyta till *Falu Rödfärg* som utgångspunkt för en objektiv jämförelse mellan produkterna. De aktuella formuleringarna gick dock enligt MDs bedömning klart utöver dessa ramar och associerade så nära till *Falu Rödfärg* att de fick anses utnyttja *Falu Rödfärgs* goda anseende på ett sätt som utgjorde renommésnyltning.
>
> I *Guldägg*-avgörandet[145] (jfr ovan avd. 6.1 och 6.4.3) konstaterade MD att den s.k. *Guldäggstävlingen / Guldägget*, som arrangerats under en lång följd av år, hade erhållit ett särskilt uppmärksamhetsvärde och fick anses vara så välkänd att den därigenom också hade ett betydande kommersiellt värde och därför fick anses kunna vara bärare av ett renommé på samma sätt som en produkt eller annan nyttighet. Uppmärksamhetsvärdet kunde sägas medföra ett ”renommé” för *Reklamförbundet*. *TV3*s användning av namnet *Guldägget* innebar att *TV3* kommersiellt utnyttjat det uppmärksamhetsvärde som *Reklamförbundet* skapat bland näringsidkare. Eftersom *TV3*

[143] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 40.
[144] MD 2001:26 (Falu Rödfärg).
[145] MD 2001:21 (Guldäggstävlingen).

saknat medgivande från *Reklamförbundet* att delta som sponsor eller använda namnet *Guldägget* i sin marknadsföring, utgjorde de påtalade formuleringarna en form av renommésnyltning.

Ett avgörande som kanske mer än andra synes gälla regelrätt varumärkesintrång än otillbörlig marknadsföring, är det där fråga var om *Hemglass*' marknadsföring av isglassen *Hygglo* var att anse som renommésnyltning på *GB*s i stort sett identiska och inarbetade produkt med namnet *Igloo*.[146] Till saken hör att marknadsföringen av glassen *Igloo* hade upphört innan marknadsföringen av *Hygglo* påbörjades. Sedermera återupptogs tillverkning och marknadsföringen av *Igloo*. Enligt MDs bedömning innebar emellertid inte ett så kort uppehåll i marknadsföringen av isglassen att namnet *Igloo* därmed upphört att betecknas som väl känt. Det goda renommé som namnet *Igloo* erhållit, måste därför anses ha bestått under denna tid, trots att varumärket tillfälligt inte användes.

MD konstaterade att *Hemglass* måste ha utgått ifrån att det var fritt att marknadsföra en isglass av det i målet aktuella slaget, eftersom *Igloo* tagits ur *GB*s sortiment. *Hemglass* borde emellertid ha insett att lanseringen av isglassen under namnet *Hygglo* skulle leda till misstanke om renommésnyltning avseende namnet på den av *GB* tidigare marknadsförda produkten *Igloo*. Oavsett att *Hemglass* började försälja *Hygglo* vid en tidpunkt när *GB* inte marknadsförde *Igloo* och att *Hygglo* och *Igloo* såldes genom helt olika försäljningssystem, fann domstolen att namnlikheten mellan *Igloo* och *Hygglo* på de två likartade produkterna var så påfallande att *Hemglass* vid användningen av namnet *Hygglo* på sin isglassprodukt måste anses ha snyltat på glassen *Igloo*.

Avgörandets prejudikatvärde torde emellertid vara begränsat, med anledning främst av att en stark minoritet av domstolens ledamöter var skiljaktig i sak.

Enligt minoritetens uppfattning kunde försäljningen av *Hygglo*, under en tid när *GB* upphört med marknadsföringen av sin isglassprodukt *Igloo*, inte

[146] MD 2002:10 (Hygglo).

läggas *Hemglass* till last som överträdelse av MFL. Vidare ansåg de att marknadsföringen av *Hygglo* inte i MFLs mening innebar renommésnyltning avseende *Igloo*. Enligt minoriteten företedde beteckningen *Hygglo* inte sådana likheter med beteckningen *Igloo* att det fanns risk för att konsumenter förknippade *Hygglo* med *Igloo*. Enbart förhållandet att beteckningen *Hygglo* företedde den likheten med *Igloo* att båda orden slutade med ”glo(o)”, räckte enligt minoriteten inte för att bedöma *Hemglass*’ handlande som snyltning med utnyttjande av det värde som skulle ligga i en positiv föreställning hos konsumenterna skapat genom insatser av *GB*.

Renommésnyltningsfrågan var också föremål för prövning i det ovan (s. 446 f., s. 459 och s. 471) berörda *Champagnesmak*-avgörandet.[147]

En förutsättning var enligt domstolen att en näringsidkare i sin marknadsföring obehörigen anknöt till en annan näringsidkares verksamhet, produkter, kännetecken eller liknande. Ytterligare ett villkor var att det som utnyttjats var väl känt på marknaden så att det förknippades med den andre näringsidkaren. Enligt domstolen måste ett renommé i MFLs mening också kunna skapas och innehas gemensamt av flera näringsidkare eller av ett större, något så när avgränsat, kollektiv av näringsidkare. *Champagne* var ett utomordentligt välkänt namn och ursprungsbeteckning för drycken champagne. Vidare betecknade *Champagne* en produkt med särskilt högt renommé. Det var en högkvalitetsprodukt som var förknippad med festliga tillfällen och som hade ett synnerligen högt uppmärksamhetsvärde. Marknadsföring av yoghurt med *champagnesmak* associerade till det av de franska *champagneproducenterna* och *champagneföretagen* inarbetade varukännetecknet *Champagne*. *Arla* hade därmed utnyttjat den speciella *goodwill* och den nimbus som anknöt till *Champagne*. Vid bedömningen borde man därvid, som också gjorts i det s.k. *Robinson*-avgörandet (MD 1999:21), se till helhetsbilden av marknadsföringen. Härvid kunde särskilt pekas på utformningen och färgsättningen av yoghurtförpackningen samt affischerna, där glas med *Champagne* och *Champagneflaskor* ersatts med *Arlas* yoghurtförpackning. Mot bakgrund av det anförda förelåg enligt MD ett tydligt fall av en medveten renommésnyltning.

[147] MD 2002:20 (Champagnesmak!).

Medan renommésnyltning, såsom ovan konstaterats, tidigare som regel aldrig åberopades som uteslutande otillbörlighetsgrund, har detta emellertid förekommit i några avgöranden på senare tid enligt 1996 års MFL. I de första avgörandena angående efterbildning av *Hästens* rutiga sängar åberopade *Hästens* såväl vilseledande efterbildning som renommésnyltning. Även om de efterbildade madrasserna påtagligt liknade *Hästens* rutmönstrade madrasser, var domstolen emellertid av uppfattningen att den särskilda köpsituationen, bland annat att sängarna var förhållandevis dyra sällanköpsvaror, medförde att någon risk för förväxling inte förelåg. Detta har medfört att *Hästens* i de senare avgörandena inte åberopar efterbildning, utan endast att åtgärden anses utgöra renommésnyltning. Talande i sammanhanget kan vara MDs uttalande i MD 2002:33 (Hästens IV).

> Domstolen påpekade att svarandena ingående hade argumenterat för sin ståndpunkt att rutmönstret inte var en vilseledande efterbildning av *Hästens* rutmönster och att det inte fanns någon förväxlingsrisk. MD ville emellertid understryka att *Hästens* gjorde gällande att användningen av rutmönstret *endast* utgjorde renommésnyltning i strid mot 4 § MFL. Det gjordes alltså inte gällande att svarandens rutmönster skulle utgöra en vilseledande efterbildning av *Hästens* rutmönster eller att det skulle föreligga någon risk att konsumenter förväxlade svarandens rutmönstrade sängar med *Hästens* sängar.[148]

Även om avgörandet inte avser ordkännetecken, är förhållandet intressant utifrån principerna om kännetecknets *mening* och *referens*. Trots att sängarna, teoretiskt sett, torde vara så lika, att de kan antas signalera enahanda kommersiellt ursprung, medför de särskilda omständigheterna att någon risk hos förbrukarna om att de skulle kunna ha samma *referens*, knappast kan uppkomma. Däremot ger de uttryck åt samma *mening*, vilken ansetts skyddsvärd. Frågan är hur motsvarande bedömning skulle ha gjorts om talan hade förts om varumärkesintrång. Med beaktande av att bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL nu, i enlighet med EG-domstolens praxis, skall kunna tillämpas även inom samma varu-

[148] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 110.

slag är det antagligt att rekvisiten enligt bestämmelsen skulle kunna antas vara uppfyllda med följd att åtgärden skulle anses utgöra varumärkesintrång.[149] Detsamma kan antas gälla även med tillämpning av huvudregeln enligt 6 § första stycket VmL, under förutsättning att rutmönstren i sig konstaterats vara förväxlingsbara.[150]

6.6.1 Renommésnyltning enligt direktivet om jämförande reklam

Medan renommésnyltning tidigare uppfattats som marknadsrättsligt åtkomlig endast enligt MFLs generalklausul (4 § första stycket MFL), har denna otillbörlighetsgrund nu, genom implementeringen av direktivet om jämförande reklam, kommit att omfattas av det direktsanktionerade området. Enligt 8 a § första stycket 7 gäller nämligen att en näringsidkare i sin reklam, direkt eller indirekt, inte får peka ut en annan näringsidkare eller dennes produkter om det *drar otillbörlig fördel* av en annan näringsidkares varumärkes, firmas eller andra kännetecken *renommé* (jfr direktivets art. 3 a 1 g).[151]

I det ovan (s. 440 och s. 476 f.) berörda *Toshiba*-avgörandet[152] hade EG-domstolen att ta ställning även till om angivelse av produktnummer stod i överensstämmelse med art. 3 a 1 g i direktivet om jämförande reklam, d.v.s. att man i jämförelsen inte får dra otillbörlig fördel av en konkurrents varumärkes, firmas eller andra kännetecken renommé eller av en konkurrerande produkts ursprungsbeteckning.

> Domstolen konstaterade att ett tecken som ett företag använde, kunde omfattas av begreppet *andra kännetecken* på det sätt som avses i art. 3 a 1 g, om målgruppen identifierade det som härrörande från ett visst företag (p. 49). Vad gällde de varunummer som en apparattillverkare använde för att identifiera reservdelar och förbrukningstillbehör, var det inte klarlagt att de i sig, d.v.s. när de användes separat, utan angivande av tillverkarens varumärke eller den apparat för vilken reservdelarna och förbrukningstillbe-

[149] Jfr mål C-292/00 den 9 januari 2003 (Davidoff) och ovan s. 327 f.
[150] Jfr ovan avd. 4.4.1 och 4.4.1.6.
[151] Jfr Ds 1999:35 s. 66 f.
[152] Mål C-112/99 (Toshiba).

hören var avsedda, kunde identifieras som hänvisningar till produkter som var tillverkade av ett visst företag (p. 50). Det kunde nämligen, i fråga om siffersekvenser eller bokstavs- och siffersekvenser ifrågasättas när de kunde göra det möjligt att identifiera tillverkaren om de inte används i samband med den sistnämndas varumärke (p. 51). Även om så var fallet, skulle vid bedömningen preambelns p. 15 beaktas, enligt vilken användningen av ett varumärke eller ett särskiljande märke inte utgjorde något intrång i varumärkesrätten om villkoren i direktivet var uppfyllda, eftersom det avsedda syftet då endast var att särskilja annonsörens produkter och tjänster från konkurrentens och därigenom framhäva skillnader på ett objektivt sätt (p. 53). En annonsör kunde inte anses dra otillbörlig fördel av renommé hos en konkurrents andra kännetecken, om en hänvisning till dessa tecken var en förutsättning för att en effektiv konkurrens inom marknaden i fråga skulle kunna åstadkommas (p. 54). Domstolen erinrade sedan om att den redan funnit att tredje man som använde ett varumärke kunde dra otillbörlig fördel av varumärket eller orsaka förfång för dess särskiljningsförmåga eller renommé, t.ex. genom att målgruppen gavs en felaktig uppfattning om förhållandet mellan annonsören och varumärkeshavaren (p. 55). Med hänvisning till p. 39, konstaterades att angivelsen av apparattillverkarens varunummer i jämförelse med en konkurrerande leverantörs varunummer utgjorde ett påstående om att de två produkternas tekniska egenskaper var likvärdiga (p. 56). Det skulle emellertid kontrolleras om angivelsen kunde medföra att ett samband mellan apparattillverkarens produkter och den konkurrerande leverantören uppstod i medvetandet hos den målgrupp som reklamen var riktad till, på så sätt att den lät dennes produkters anseende gälla även den konkurrerande leverantörens produkter (p. 57). Det var därmed av vikt att hänsyn togs till den allmänna framställningen i den omtvistade reklamen. Apparattillverkarens varunummer kunde nämligen vara enbart en angivelse bland andra vad gällde denne tillverkare och dess produkter. Den konkurrerande leverantörens varumärke och dennes produkters särart kunde också presenteras på ett sådant sätt att någon förväxling eller sammanblandning inte var möjlig, vare sig mellan nämnda tillverkare och den konkurrerande leverantören eller mellan deras respektive produkter (p. 58). I förevarande fall framgick det att det åberopande företaget (*Katun*) svårligen hade kunnat jämföra sina produkter med *Toshibas* produkter utan att hänvisa till varunumren (p. 59).

Även om förbudet gäller renommésnyltning endast i samband med jämförande reklam, d.v.s. att endast generalklausulen kan tillämpas på renommésnyltning i fall som *inte* avser jämförande reklam, kan frågas om inte renommésnyltning generellt bör anses omfattad av det direktsanktionerade området. På grund av den vida definitionen av jämförande reklam till att avse inte bara direkt, utan även indirekt, utpekande av annan näringsidkare eller dennes produkter (jfr ovan s. 470), kan ifrågasättas om det alls är möjligt att snylta på annans renommé annat än genom någon form av i vart fall indirekt jämförelse.

6.7 Misskreditering

Med misskreditering förstås enligt doktrinen att en näringsidkare i sin marknadsföring använder framställningar som är ägnade att nedvärdera en annan näringsidkares verksamhet eller produkter, genom att framställningen är vilseledande eller genom att den ringaktar eller förlöjligar konkurrentens verksamhet eller produkter.[153] Man skulle kanske kunna kalla misskreditering för *negativ kännetecknsanvändning*. Scenariot är att näringsidkaren försöker precisera och definiera den *mening* som finns i egna varor eller kännetecken med en vanligen oriktig och konstruerad pejorativ *mening* i konkurrentens varor eller kännetecken.

Inom kännetecknsrätten ger den tidigare s.k. råttgiftsregeln i 6 § andra stycket VmL ett visst skydd mot misskreditering (jfr ovan avd. 4.4.5), men kännetecknsrätten i snävare avseende ger eljest inte något uttryckligt skydd mot misskreditering, eftersom kännetecknet i sådana fall inte används just som sådant enligt 4 § VmL. Misskreditering är dock en självständig otillbörlighetsgrund inom marknadsföringslagstiftningen och som sådan åtkomlig enligt generalklausulen i 4 § MFL. Detta slogs fast redan i motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring[154] och följer av Sveriges åtaganden enligt PK. Enligt art.

[153] Se Bernitz, Marknadsföringslagen s. 70; jfr prop. 1970:57 s. 70 f., prop. 1994/95:123 s. 74 ff. och SOU 1993:59 s. 301.
[154] Se prop. 1970:57 s. 70 f.

10bis 3.2 PK är påståenden i utövning av affärsverksamhet, ägnade att misskreditera en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri och handel förbjudna. Enligt art. 7 i ICCs Grundregler får reklam inte heller misskreditera företag, organisationer, industriell, kommersiell eller yrkesmässig verksamhet eller någons produkt genom framställning som är ägnad att väcka förakt, löje eller liknande.

MU föreslog i sitt slutbetänkande med förslag till MFL att misskreditering skulle omfattas av det direktsanktionerade området genom införande av en särskild bestämmelse inom förbudskatalogen. Som stöd för förslaget åberopades dels Sveriges åtaganden enligt art. 10bis PK, dels den praxis som utvecklats inom MD. Skälen för de internationella reglerna och den uppslutning som fanns kring dessa i nationell rätt, var enligt utredningen uppenbar. ”Misskrediterande uttalanden eller uppgifter om en näringsidkare eller hans verksamhet, varor eller tjänster kan allvarligt skada. Det är många gånger svårt eller omöjligt – och ofta mycket kostsamt – att rentvå sig från sådana påståenden.”[155] I enlighet med departementschefens uttalande i propositionen till 1970 års lag,[156] fann utredningen att det räckte med att misskrediterande framställningar var onödiga, för att de skulle anses strida mot god marknadsföringssed. Direkt misskrediterande uppgifter om annan näringsidkare stred mot god marknadsföringssed därför att själva formen framstod som klandervärd, t.ex. genom ordval, bildspråk eller förklenande anspelningar.[157] Någon särskild bestämmelse av föreslagen art fördes dock inte in i MFL. Enligt regeringen ansågs misskreditering även i den nya lagen kunna förbjudas med stöd av generalklausulen om otillbörlig marknadsföring. Om misskrediteringen inkluderade vilseledande, behövdes ingen särskild förbudsbestämmelse och för övriga fall tedde sig en reglering svårare, eftersom förhållandena kunde variera betydligt från fall till fall. Var gränsen gick mot vad som skulle anses otillbörligt i dessa sammanhang lät sig knappast beskriva generellt, utan borde i

[155] SOU 1993:59 s. 301.
[156] Prop. 1970:57 s. 71.
[157] SOU 1993:59 s. 306.

stället avgöras med hänsyn till omständigheterna i varje enskilt fall.[158] Från MD finns en relativt rikhaltig praxis som berör misskreditering.[159]

Även om MD i det ovan anförda *Armani*-avgörandet[160] i sina domskäl inte uttryckligen använde ordet misskreditering, ansågs annonsen innebära en *nedvärdering* av *Armani*-namnet. I MD 1990:5 (Aloe), där fråga var om såväl vilseledande om kommersiellt ursprung som om misskreditering i samband med marknadsföring av s.k. aloe-juice, hade använts förlöjligande uttalanden om en konkurrents produkter, såsom bland annat ”plåtslagare Anderssons falska och eventuellt hälsofarliga soppa”. Uttalandena ansågs misskreditera den utpekade konkurrenten. Det ansågs i MD 1996:19 (IAMS Pet Food) otillbörligt att vid marknadsföring av hund- och kattmat göra oriktiga jämförelser med bland annat en namngiven konkurrents produkter. Vissa jämförelser ansågs misskrediterande för konkurrenten. I MD 1996:18 (Seiko) ansågs ett företags påståenden att konkurrerande företag sålde falska *Seiko*-klockor misskrediterande. I MD 1994:22 (Mathallen) hade tre livsmedelsföretag i en gemensam annons påstått om en konkurrent bland annat att denne ”fuskat”. Uttrycket ansågs, liksom vissa andra formuleringar avseende konkurrenten, vara misskrediterande. I MD 1995:7 (Sandbergs Trygghetsprodukter) hade en konkurrent i brev till ett företags kunder obestyrkt påstått att företagets ägare själv begärt företaget i konkurs. Uppgifterna ansågs i sitt sammanhang misskrediterande för företaget. Däremot ansågs en annan konkurrents sakriktiga uppgift att företaget begärts i konkurs i sitt sammanhang inte vara onödigtvis misskrediterande. Vissa formuleringar som använts vid marknadsföring av s.k. företagskataloger, befanns i MD 1994:29 (FöretagsFakta) misskrediterande, genom att de gav intryck av att ett konkurrerande företag var oseriöst samt vilseledande genom att ge intryck av att konkurrentens företagkatalog utgivits av det egna företaget. I en annons för ett hälsokostpreparat ansågs i MD 1993:1 (Dansk Droge) en ruta med rubriken ”OBS! KONSUMENTINFORMATION”, där ett konkurrerande preparat benämndes som kopia utgöra en otillbörlig misskreditering. I MD 1985:26 (Svecia Commerce) befanns påståenden om att en konkurrerande produkt måste dumpas bort på grund av dålig kvalitet och att den egna produkten var överlägsen, vara obestyrkta

[158] Prop. 1994/95:123 s. 76.
[159] Angående äldre praxis enligt NOp, se Norberg i NIR 1966 s. 93 ff.
[160] MD 1987:11 (Armani).

och därmed otillbörliga. Påståendet om dumpning ansågs dessutom vara en misskreditering. I avgörandet MD 1985:21 (Rockwool) hade *Rockwool* i en broschyr återgivit tidningsartiklar om skolbränder och därvid framhållit bland annat att byggnaderna varit isolerade med cellulosamaterial av det slag som konkurrenten (*Warmfiber*) tillhandahöll. Broschyren ansågs innebära misskreditering av *Warmfiber.*

Inför ett flertal avgöranden har misskreditering anförts som otillbörlighetsgrund utan framgång. Det har då vanligen skett i fall som huvudsakligen gällt renommésnyltning i samband med jämförande reklam.

I det ovan (s. 481) nämnda *Boss*-avgörandet[161] uttalade domstolen att den påtalade annonsen visserligen också kunde tänkas bli uppfattad som en drift med den form av annonsering som *Hugo Boss* använt i sin marknadsföring. Detta innebar dock inte att *Hugo Boss*' marknadsföring påtagligt förlöjligades. Vidare stod det klart att den påtalade annonsen inte kunde inge läsaren uppfattningen att *Hugo Boss*' produkter var undermåliga i något avseende. Annonsen kunde under dessa förhållanden inte bedömas som otillbörlig på den grund att den var misskrediterande för *Hugo Boss*. I det ovan berörda *Pre-Glandin*-avgörandet[162] gjorde *Cederroths* gällande att annonsen i sin bristande representativitet framstod som en misskreditering av *Pre-Glandin*, men misskrediteringsgrunden berördes över huvud taget inte av domstolen. I MD 1983:8 (Luxor) hade ett företag efter marknadsföring av datorer gjort påståenden om sina priser och sitt sortiment och jämförde dem med ett annat, namngivet företags produkter. Eftersom påståendena inte styrkts, befanns de ovederhäftiga och otillbörliga enligt MFL. Användning på visst sätt av ett reklamblad från annat företag ansågs i MD 1993:27 (Lap Power) emellertid visserligen vilseledande, men likväl inte utgöra renommésnyltning. Vid marknadsföring av en dagstidning i en annons gjordes en jämförelse med en konkurrerande tidning. Antalet läsare av de två tidningarna illustrerades med procenttal och ett diagram, vilka ansågs ge en oriktig bild av förhållandet mellan de två tidningarnas storlek. Annonsen ansågs inte misskrediterande, men befanns vilseledande enligt MFL.[163]

[161] MD 1993:9 (Boss).
[162] MD 1987:10 (Pre-Glandin).
[163] MD 1993:8 (Barometern).

I fråga om misskreditering är det kanske svårare att se den kännetecknensrättsliga kopplingen än i fråga om renommésnyltning, eftersom det är fråga om att obehörigen anknyta till annan näringsidkares kända verksamhet, produkter, symboler eller liknande, *utan att det nödvändigtvis föreligger förväxlingsbarhet eller vilseledande i övrigt*, t.ex. genom att skapa oberättigade associationer. Men eftersom snyltaren till sin ekonomiska fördel utnyttjar det värde som ligger i en positiv föreställning hos förbrukarna, vilken skapats genom insatser av annan kännetecknenshavare, är ett sådant förfarande, typiskt sett, ägnat att på ett eller annat sätt skada kännetecknet och försämra förbrukarnas marknadsöverblick.[164] Renommésnyltning innebär således som regel att snyltaren så att säga försöker relatera sina egna varor till konkurrenten genom att förringa dennes *goodwill* eller renommé eller förringa konkurrentens *image*, d.v.s. den *mening* som finns i konkurrentens varor eller kännetecken, något som ökar risken för urvattning.

6.7.1 Misskreditering enligt direktivet om jämförande reklam

I direktivet om jämförande reklam finns särskilda bestämmelser om misskreditering i art. 3 a 1 e, enligt vilken jämförande reklam varken får misskreditera eller uttrycka sig nedsättande om en konkurrents varumärken, firma eller andra kännetecken, varor, tjänster, verksamhet eller förhållanden. Bestämmelsen har implementerats genom 8 a § första stycket 5 MFL. Där anges att en näringsidkare i sin reklam inte får peka ut en annan näringsidkare eller dennes produkter om reklamen misskrediterar eller utformas nedsättande om den andre näringsidkarens verksamhet, förhållanden, produkter, varumärken, firma eller andra kännetecken.[165]

I ett fåtal fall har MD uttryckligen prövat åtgärder enligt den nya bestämmelsen om jämförande reklam i 8 a § MFL. I MD 2001:28 (Telia

[164] Immaterialrätt s. 273 f.

[165] I propositionen med förslag till implementering av direktivet anfördes kort att den svenska lagstiftningen visserligen stod i överensstämmelse med direktivet på denna punkt, men att en uttrycklig bestämmelse borde införas (prop. 1999/200:40 s. 28).

InfoMedia) hade ett företags marknadsföring av nummerupplysningstjänster i radioreklaminslag och i TV-reklam jämförts med en konkurrents tjänster. Reklaminslagen ansågs innebära misskreditering av konkurrenten samt även starkt överdrivna och vilseledande och därmed otillbörliga.

> Enligt MD var det, både från konsumenternas och från näringslivets synpunkt, angeläget att motverka överdrifter i reklamen. Marknadsföringen förmedlade intrycket att konkurrenternas nummerupplysningstjänster var undermåliga i jämförelse med *Telias*. För de konsumenter som uppfattade att marknadsföringen var riktad mot *Ahhaaa*, framstod *Ahhaaa* som ett oseriöst företag. Marknadsföringen fick även anses nedvärderande för samtliga konkurrerande nummerupplysningsföretag. Intrycket förstärktes av den avslutande uppmaningen ”Ring en riktig nummerupplysning i stället, Telia 118 118”. Det löjeväckande sätt, på vilket reklamen var utformad, måste uppfattas som nedvärderande och misskrediterande för konkurrenterna, däribland *Ahhaaa*. *Telia* hade inte på något sätt styrkt att man haft fog för en sådan framställning, utan den framstod i stället som starkt överdriven. Marknadsföringen var därför att anse som vilseledande i strid mot 4 § MFL. Den fick även anses brista i objektivitet enligt 8 a § första stycket 3 MFL samt också innebära misskreditering enligt 8 a § första stycket 5 MFL.

Liksom vad gäller renommésnyltning, kan här ifrågasättas om det över huvud taget är möjligt att företa misskreditering, utan att det är fråga om jämförande reklam, i vart fall indirekt sådan.

6.8 Kännetecknesdifferentiering

Näringsidkare, som försöker rikta sig till alltför vida konsumentgrupper, tenderar ofta att misslyckas. Det är därför oftast inte möjligt att rikta sig till alla förbrukare med en och samma marknadsföringsmetod, med en och samma vara och ett och samma kännetecken. Det beror på att konsumenterna inte är en homogen massa, utan segmenterade. Dagens producenter tenderar därför att avlägsna sig alltmer från massmarknadstänkandet och riktar i stället in sig mot små – mer avgränsade – mark-

nader. Trenden går mot att näringsidkarna försöker identifiera en viss målgrupp mot vilken de sedan riktar in sig.[166] Om kännetecknshavaren vill rikta in sig mot flera marknader, kan segmenteringen ske med utgångspunkt i en rad olika faktorer, såsom ålder, kön, ekonomi eller socialgrupp. Marknader kan också delas geografiskt eller utifrån konsumenternas värderingar. När *mikromarknaden* är definierad, måste marknadsföringen inriktas mot denna på ett effektivt sätt. En effekt härav kan bli att näst intill identiska varor ges olika kännetecken, skilda priser och marknadsföras genom olika kanaler.

När identiska eller mycket likartade varor marknadsförs under olika kännetecken, talar man om *kännetecknsdifferentiering*.[167] Effektiv sådan kan förbättra möjligheterna att få en vara att nå ut till olika marknader och till skilda förbrukarkategorier med olika preferenser.[168] En annan fördel med kännetecknsdifferentiering kan vara att kännetecknshavarens möjligheter att öka exponeringsytan i detaljhandeln förbättras.[169] Det finns också andra, mer tekniska, förklaringar till uppkomsten av differentierade kännetecken. Det kan vara en följd av att ett företag efter fusionen vill behålla kännetecken inom den marknad som omfattas av fusionen. Kännetecknsdifferentiering kan också grundas på att skilda grossister vill ha olika varukännetecken, för att bättre kunna profilera sig, för att undvika priskonkurrens eller för att deras marknadsföring skall ge effekter endast för de egna produkterna. Ett stort företag kan också använda skilda kännetecken för att kunna förbättra internkonkurrensen.[170] I vissa fall är det snart sagt nödvändigt för kännetecknshavare att använda en medveten kännetecknsdifferentiering för att kunna nå ut effektivt till den avsedda målgruppen. Ett exempel kan vara situationer när förbrukaren saknar kunskap om den avsedda varans egenskaper.

---

[166] Principles of marketing s. 220; jfr Arwidson i SvJT 1978 s. 577.

[167] Bernitz/Pehrson i NIR 1978 s. 190; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 91; Svensk marknadsrätt s. 148.

[168] Se Varumärken från konsumentsynpunkt s. 95; jfr Bernitz/Pehrson i NIR 1978 s. 193.

[169] Se Varumärken från konsumentsynpunkt s. 95; jfr Bernitz/Pehrson i NIR 1978 s. 194; Kotler, Marketing Management s. 296 ff.; dens. Principles of Marketing, Third European Edition s. 363 ff.

[170] Se Bernitz/Pehrson i NIR 1978 s. 193.

Han kan då i många fall ha förlitat sig till en viss märkesprofil eller kännetecknenshavarens anseende. Då kan även prisnivån spela en avgörande roll. Att i alla lägen sätta ett så lågt pris på produkten som möjligt, kan visa sig mindre välbetänkt. Det gäller särskilt om avsikten är att varan skall uppfattas som högkvalitativ eller prestigefylld, eftersom ett högt pris i förening med påkostad och exklusiv reklam ger associationer till kvalitet. Det högre priset kan i sådana fall vara i köparens intresse, eftersom det kan ses som ersättning för den extra nytta eller behovstillfredsställelse som produkttypen ger i form av prestigekänsla och självsäkerhet. Reklamen blir ju i det fallet en del av själva varan. Det blir omöjligt att skilja mellan å ena sidan element i en varas utformning, vilka inte har någon faktisk funktion i övrigt och element som tillskapats genom inarbetning eller marknadsföring.[171] Ett annat exempel kan vara att förbrukarna saknar närmare kunskaper om varans användningsområde. Om ett företag t.ex. marknadsför fernissa eller rengöringsmedel, måste kanske fernissa eller rengöringsmedel för olika användningsområden ges skilda produktbenämningar, trots att de tekniskt sett skulle kunna marknadsföras under samma kännetecken och med enahanda innehåll.

Om kännetecknesdifferentieringen leder till att förbrukarna felaktigt bibringas uppfattningen att två varor med samma egenskaper och prestanda m.m., men med skilda pris och olika kännetecken, skiljer sig åt i faktiskt hänseende, ligger det nära till hands att uppfatta marknadsföringen som vilseledande. Vilseledande kännetecknesdifferentiering har också i några fall varit föremål för prövning av MD. Här kan anföras MD 1977:22 (Alcro) och MD 1981:4 (Electrolux).[172] Det förstnämnda avgörandet rörde marknadsföring av trälack. *Alcro* hade marknadsfört dels fernissa för allmänt bruk under kännetecknet *Alcro Trälack*, dels en särskild båtfernissa under kännetecknet *Skagerak Båtfernissa*. Priset på båtfernissan var högre än på trälacket. I realiteten avsåg de en och samma produkt.

---

[171] Se Albinsson/Tengelin/Wärneryd, Reklamens ekonomiska roll s. 143.

[172] Se utförligt om avgörandet Arwidson i SvJT 1978 s. 578 ff.; även Stuyck, Product Differentation s. 25.

> KO yrkade i första hand förbud mot att vid marknadsföringen av en och samma produkt använda olika benämningar. I andra hand yrkades förbud mot att i marknadsföring av båtfernissan underlåta att *upplysa* om att samma fernissa marknadsfördes även under annan benämning. MDs majoritet lämnade talan helt utan bifall. Medan förstahandsyrkandet ansågs vara så generellt utformat att dess räckvidd sträckte sig långt utöver vad som erfordrades för att hindra en upprepning, ansågs kännetecknsdifferentiering inte i sig innefatta något vilseledande. Minoriteten ansåg däremot att *Alcros* marknadsföring var otillbörlig i lagens mening och biföll andrahandsyrkandet. På grund av att det – främst med hänsyn till varumärkesrätten – fått en alltför vittgående räckvidd, bifölls inte förstahandsyrkandet.[173]

Även om kännetecknsdifferentiering, således som huvudprincip, får anses godtagbar från marknadsrättslig synpunkt – ibland t.o.m. rent av nödvändig för att kunna nå ut till en adekvat förbrukarkrets – kan man lätt tänka sig situationer där motsatsen bör gälla. I många fall ställs konsumenterna inför stora svårigheter att överblicka utbudet och värdera alternativ. ”Svårigheterna förstärks om marknadsföringen sker med utnyttjande av irrationell eller rent av vilseledande argumentation eller aggressiva metoder. En grundläggande förutsättning för ett rationellt konsumtionsval är att konsumenterna har tillgång till och förmår utnyttja vederhäftig och lättillgänglig information om utbudet av varor och tjänster.”[174] Att kännetecknsdifferentiering under sådana omständigheter kan åtkommas enligt MFL slogs också fast i MD 1981:4 (Electrolux) som gällde marknadsföring av spisar. *Electrolux* hade marknadsfört spisar under kännetecknen *Electrolux* och *ElektroHelios*. Båda spisarna tillverkades av *Electrolux* i samma fabrik och var, förutom vreden, det anbragta kännetecknet och en dekorlist, helt identiska. *Electrolux* differentierade dem genom såväl kännetecken och pris som försäljningskanaler. Den dyrare spisen *Electrolux* såldes i särskilda *Electroluxbutiker*.[175]

---

[173] Se härom även Stuyck, Product Differentation s. 81.

[174] Arwidson i SvJT 1978 s. 577. Arwidson hänvisar här till Bernitz, Svensk och internationell marknadsrätt 2 uppl. s. 124 f.

[175] Jfr Stuyck, Product Differentation s. 25.

> MD påpekade, med hänvisning till det strax ovan refererade *Alcro*-avgörandet, att kännetecknesdifferentiering inte kunde anses vara en marknadsföringsåtgärd som i sig stred mot konsumenternas intressen. Det gällde inte minst kännetecknesdifferentiering som utgjorde ett led i marknadsföring av varor under olika varumärken, vilka kännetecknade olika distributionssätt. Varumärken kunde därvid representera skillnader i service eller andra förhållanden än produktegenskaper som var förknippade med distributionen och som var betydelsefulla för konsumenterna. Samtidigt var det med hänsyn till konsumenternas intressen, angeläget att deras produktval och konkurrensen mellan olika distributionsvägar och distributionssätt inte förrycktes av felaktiga föreställningar om att skillnader förelåg mellan i allt väsentligt identiska produkter som ett företag marknadsförde under olika varumärken. Prövningen i ärendet borde enligt MD gälla en information som byggde på den överensstämmelse mellan spisarna som faktiskt förelåg, nämligen att de kom från samma tillverkare och till sitt tekniska utförande var identiska eller näst intill identiska. MD *ålade Electrolux* i detta fall att i produktbroschyrer m.m. informera om de olika varumärken under vilka *Electrolux* marknadsförde andra inom koncernen tillverkade spisar med ett identiskt eller näst intill identiskt utförande.

Trots fördelarna med kännetecknesdifferentiering, är det ofrånkomligt att det finns en risk för att omsättningskretsen uppfattar den som ett tecken på att det föreligger någon skillnad mellan varorna när en och samma produkt marknadsförs under skilda kännetecken,[176] d.v.s. att förbrukarna blir vilseledda. Om kännetecknets *referens* avser alla faktiska varor som bär ett visst kännetecken, kan det inte *referera* till andra föremål, trots att de är identiska med det märkta föremålet. Här föreligger således en kännetecknesrättslig paradox. Kännetecknesdifferentiering visar på hur man med kännetecknet alltså kan skapa såväl immateriella *referenser* som *metareferenser*.

[176] Bernitz/Pehrson i NIR 1978 s. 192.

6.9 Kännetecknensutvidgning

Besläktad med kännetecknensdifferentiering är s.k. *kännetecknensutvidgning*, en företeelse som visserligen har funnits under lång tid, men som under senare tid tilldragit sig ökad uppmärksamhet.

Kännetecknensutvidgning kan ske i olika former. Med *brand extension* (varumärkesutvidgning) förstås att kännetecknensanvändningen utvidgas till att avse varor av helt annat slag.[177] Med *brand stretching* (varumärkesexpansion) förstås att kännetecknensanvändningen utvidgas till att avse en ny produkt av liknande slag. Att ett företag använder samma varukännetecken, vanligen sin firmadominant, för samtliga varor har ju varit vanligt länge. Att *BiC* används som kännetecken för samtliga engångsprodukter av plast, vilka företaget tillhandahåller, faller sig t.ex. ganska naturligt. Det som är nytt är snarast att varumärkesutvidgning i ökad grad har blivit en del i en medveten varumärkesstrategi.[178] Ett etablerat kännetecken kan ge nya produkter starthjälp och förstärka förbrukarnas associationer till kännetecknet.[179]

Inom företagsekonomisk teori talas också om *märkesevolution*, d.v.s. kännetecknensutveckling. Ett exempel kan vara att ett företag i ett inledande marknadsföringsskede använder sig av ett modermärke i marknadsföringen av en ny produkt. Produkten åsätts ett eget (dotter)märke. I detta inledningsskede får eller ges modermärket en relativt framträdande plats i marknadsföringen. Härigenom används modermärket för att individualisera den nya produkten och den *goodwill* som finns nedlagd i märket hjälper till att föra fram den nya produkten på den nya marknaden. Så småningom, när dottermärket har inarbetats hos konsumenterna, ges modermärket en allt mindre framträdande plats i marknadsföringen. Om marknadsföringen slagit väl ut, skall ju dottermärket så småningom i sig självt kunna individualisera varan. Till slut skall kännetecknet också kunna bli så inarbetat, att det i sin tur kan utgöra

[177] Se Varumärkesrättens grunder s. 32.
[178] Kapferer s. 129 och 152 och Varumärken från teori till praktik.
[179] Varumärken från teori till praktik s. 44.

modermärke för nya produkter.[180] Varumärkesevolution kan ha betydelse både som ett medel att vidmakthålla kopplingen mellan varan och dess kommersiella ursprung och som *imagetransfer*. Genom att förse en ny och för konsumenterna okänd vara med såväl ett nytt kännetecken som ett känt sådant, kan något av den *image* som finns i det kända kännetecknet övergå till det nya. Ett konkret och illustrativt exempel kan vara *Daim* som ursprungligen på ett tydligt sätt marknadsfördes som en produkt under *Marabous* varusortiment, men som i dag, efter intensiv marknadsföring så att säga står på egna ben utan behov av stöd från ett modervarumärke.

För att ett varukännetecken skall fungera som ett långsiktigt stöd för en utvidgning, krävs dock att det ger den nya produkten ett mervärde, vilket kan misslyckas om kopplingen mellan kännetecken och den nya produkten känns långsökt för omsättningskretsen.[181] Den främsta risken är naturligtvis att kännetecknets särskiljningsförmåga kan urvattnas om kännetecknet förknippas med alltför många och alltför olika varor. Om förbrukarna inte ser ett samband mellan produkterna, försvagas ju associationerna till kännetecknet. Urvattning kan också bli effekten om kännetecknet inte används för varor med samma kvalitet, något som kan vara svårt att garantera, t.ex. vid licensiering.[182] Kännetecknensutvidgningen kan då bli direkt skadlig för kännetecken om dessa nya associationer skapas på ett sätt som inte är önskvärt för företaget.[183]

Vid kännetecknensutvidgning är det de associationer som omsättningskretsen har till kännetecknet, vilka så att säga exploateras. De är tänkta att utgöra ett naturligt samband mellan de olika produktkategorier som ryms under varumärket. En fördel med varumärkesutvidgning är därför att man inte behöver etablera ett nytt kännetecken och skapa medvetande om och associationer till det.[184] Olika slags associationer kan vara mer eller mindre viktiga för skilda kännetecken och skilda va-

[180] Märkesorientering s. 109 f.
[181] Varumärken från teori till praktik s. 45.
[182] Se Kapferer s. 152 ff.
[183] Varumärken från teori till praktik s. 45 f.
[184] Se Kapferer s. 129; jfr Murphy s. 110.

ruslag. Associationerna är i detta fall naturligtvis de som påverkar förbrukarnas köpbeteende. Det är således den *mening* som finns i ett *kännetecken* som avses användas för en ny vara. Känneteckensutvidgning får därför betydelse främst för kännetecken som har ett värde för förbrukarna. En effekt av känneteckensutvidgning är, i bästa fall, att kännetecknet blir starkare genom ökad exponering eller genom att nå nya målgrupper.

6.10 Sammanfattning och utgångspunkter

Ovan tas upp ett antal företeelser, som trots placering i marknadsföringslagstiftningens hägn, närmast hör hemma i beskrivningen av den kännetecknsrättsliga ensamrätten och dess utövande. Lika gärna hade väl de flesta frågor om vilseledande marknadsföring kunnat hänföras till kapitlet om skyddsförutsättningar, och då snarast i nära anslutning till frågorna om förväxlingsbarhet och vilseledande. Här visar det sig att gränsen mellan ensamrätten och dess utövande, mellan objekt och förfogande, är hårfin och avtagande. Vad som är hänförligt till det ena eller andra eller båda kan ibland inte klart anges.

Att det inom kännetecknsrätten görs en så skarp åtskillnad mellan *förväxlingsbarhet och vilseledande*, medan vilseledande har fått en så mycket vidare och generell innebörd och tillämpning inom marknadsföringslagstiftningen, torde närmast ha en historisk förklaring i de under lång tid bristande möjligheterna att få registreringsskydd för utstyrslar enligt VmL,[185] vilket så att säga pressade in ett skydd mot vileseledande utstyrslar i marknadsrätten, d.v.s. i praktiken ett förväxlingsskydd. Ett sådant skydd kunde således effektivare utvecklas och upprätthållas där, inte minst på grund av de relativt generösa bedömningsnormer som kom till uttryck redan enligt praxis i NOp. Om det var ett förbud som eftersträvades, framträdde därtill marknadsföringslagstiftningens fördelar med sitt eninstansförfarande och med just förbud som huvudsakligt re-

[185] Se Nordell i NIR 1998 s. 207 ff.; jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 127.

medium. Eftersom man inom kännetecknsrätten tidigare hade svårt att se *de facto* kännetecknande egenskaper i utstyrslar som saknade traditionella kännetecknsfakta i form av ord- eller figurkännetecken,[186] blev marknadsföringslagstiftningen attraktiv på ett helt annat sätt på grund av det vidare begreppet *kommersiell särprägel*. I dag, när synen på vad som är ett kännetecken och vad som är kännetecknsegenskaper har vidgats, något som också visats i registreringspraxis,[187] framstår det marknadsrättsliga efterbildningsskyddet därför delvis som en dubblering.[188]

I flera av de ovan refererade marknadsdomstolsavgörandena kan tankegångar som leder i riktning mot ett *immaterialrättsligt* synsätt spåras. Ett otillbörligt utnyttjande av renommé eller *goodwill* som finns i annans kännetecken, beträder gränslandet mellan kännetecknsrätt och marknadsrätt.

Även om det framgår såväl av motiven till 1970 års marknadsföringslagstiftning[189] och senare lagmotiv som MDs praxis[190] att MD inte skall uttala sig i fråga om immaterialrättigheter, är det uppenbart att den bedömning som MD har företagit i många avgöranden, såväl om renommésnyltning som vilseledande om kommersiellt ursprung, ändå är av kännetecknsrättslig karaktär eller har företagits med kännetecknsrättsliga förtecken.[191] Domstolen tar ju ställning till såväl *särprägel/särskiljningsförmåga* och *inarbetning/kännedom* som *förväxlingsrisk/förväxlingsbarhet*.[192] Även om MD företar en väsentligt friare bedömning än vad en allmän domstol i ett varumärkesintrångsfall skulle göra – det

[186] Jfr t.ex. det klassiska Blomin-avgörandet (MD 1974:5), där det ju varken fanns distinkta ord eller figurkännetecken att gå på, medan helhetsintrycket var kommersiellt särpräglat och efterbildningen snarlik.

[187] Se Nordell i NIR 1998 s. 213 och därtill Varumärkens särskiljningsförmåga s. 546 ff. med angivna exempel.

[188] Marknadsrättens goodwillskydd s. 127 ff.; Nordell i NIR 1998 s. 232 f.; jfr prop. 1970:57 s. 90.

[189] SOU 1966:71 s. 246; jfr prop. 1970:57 s. 71 f.

[190] Se bl.a. MD 1990:2 (Bobcat) och MD 1990:5 (Aloe Juice); jfr Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 170 och Marknadsrättens goodwillskydd s. 147.

[191] Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 147; jfr Nordell i NIR 1998 s. 226 ff. och JT 1999-00 s. 658.

[192] Jfr Nordell i NIR 1998 s. 227.

gäller såväl i fråga om vad som skall ha kännetecknande egenskaper, d.v.s. objektet för marknadsföringsåtgärden som vad som medför förväxlingsrisk – kan de grundläggande teorierna om *referens* och *mening* anläggas på den bedömning av otillbörlig marknadsföring som sker inom ramen för MFL. Genom inarbetningen får originalföremålet, på samma sätt som ett varukännetecken, en *secondary meaning* som skapar en *referens* mellan kännetecken och dess kommersiella ursprung. Inarbetningen ger, på samma sätt som enligt varukänneteckensrättens inarbetningsskydd, en *mening* åt kännetecknet och det är denna *mening* – huvudsakligen i form av *goodwill*, som är åtråvärd för tredje man att utnyttja.[193]

När det gäller *direkta jämförelser* är det intressant att konstatera, att det i grunden är en fråga om *referens* som ställs på sin spets. Genom jämförelsen *refererar* ju den som i sin marknadsföring jämför sig med annan näringsidkares utpekade produkt, till den produkten. Han skapar en *referens* mellan sin egen produkt och egenskaperna i den jämförda produkten. På det sättet blir den *referens* som skapas ett åberopande av den *mening* som genom inarbetning förvärvats i den jämförda produktens kännetecken.

I fråga om *jämförande reklam* förefaller betydelsen av den renommésnyltning, som en otillbörlig jämförelse regelmässigt innebär, ha en viss indirekt betydelse vid bedömningen av jämförelsens otillbörlighet. Detta torde kunna utläsas bland annat motsatsvis ur domstolens uttalande i MD 1984:16 (Comvik II) att kraven på vederhäftighet och på en representativ totalbild får en speciell tyngd när jämförelse sker med en konkurrent som direkt utpekas eller på annat sätt är lätt identifierbar. I *Pre-Glandin*-avgörandet,[194] där MD fann marknadsföringsåtgärden otillbörlig på de tre självständiga grunderna *vilseledande om kommersiellt ursprung, renommésnyltning* och *otillbörlig jämförelse*, konstaterades att själva jämförelsen, genom att produkterna jämställts i marknadsföringen, innebar ett otillbörligt utnyttjande av renommé. Jämförelser i reklam

[193] Se härom utförligt Marknadsrättens goodwillskydd s. 125.
[194] MD 1987:10 (Pre-Glandin).

kan alltså vara otillbörliga, dels på grund av att de är *ovederhäftiga*, dels på grund av att de innebär ett *otillbörligt utnyttjande av en konkurrerande näringsidkares renommé*. Jämförelsen i det ovan refererade *Armani*-avgörandet[195] företogs inte i teknisk bemärkelse. Där hade i stället gjorts indirekta jämförelser med vaga antydningar. Både marknadsföringens hänsyftningar på det åberopade kännetecknet och jämförande moment ansågs ingå som delar i en helhetsbedömning. Det var kort sagt fråga om jämförelser med den *mening* som ligger i kännetecknet *Armani*.

Det är tydligt hur de här ovan refererade renommésnyltningsavgörandena skiljer sig från varandra om man ser till *referens* och *mening*. I princip är det endast i *Pre-Glandin*-avgörandet som renommésnyltningen tar direkt sikte på kännetecknets *referens*, d.v.s. att mottagaren av marknadsföringen verkligen får uppfattningen att det föreligger ett gemensamt ursprung. I *Robinson*-avgörandet[196] skulle man väl i och för sig också kunna tro att mottagaren kan få uppfattningen att det funnits ett medgivande från *SVT* och därmed ett *kommersiellt samband*. På liknande sätt skulle man i *Ullared*-avgörandet[197] kunna tänka sig att det funnits en överenskommelse, enligt vilken *Göran Karlsson* medgivits rätten att använda ordet *Ullared* i sin marknadsföring, inte minst med tanke på att företagsöverlåtelsen avsåg ett företag med firmadominanten *Ge-Kås*. I de andra fallen torde det framgå relativt tydligt att det inte finns något kommersiellt samband mellan snyltaren och det snyltade kännetecknet. När det är fråga om jämförande reklam är tvärt om syftet som regel just att det tydligt skall framgå att ursprungen är olika. I marknadsföringen är det då den *mening* som finns i den jämförda varan och dess kännetecken som skall överföras till den jämförande varan. I sådana fall är det endast risken för urvattning som kan få betydelse för konkurrenter. Detta, teoretiskt sett, inte särskilt kontroversiella faktum, har dock fått en del tänkvärda effekter i den utveckling som MDs praxis tagit sig.

[195] MD 1987:11 (Armani).
[196] MD 1999:21 (Robinson).
[197] MD 2003:25 (Ullared).

För att något skall kunna fällas som *vilseledande efterbildning* enligt den praxis som utvecklats enligt den äldre generalklausulen, såväl som enligt 8 § MFL, måste åtgärden normalt sett avse ett utnyttjande av såväl annans renommé som medföra förväxlingsrisk, d.v.s. att både *mening* och *referens* måste utnyttjas, men inte nödvändigtvis av ett kännetecken i känneteckensrättsligt avseende. *Referensen* har i detta fall uppstått på grund av inarbetning, vilket uppfylls genom kravet på kännedom. Men *referensobjektet* blir i denna aspekt väsentligt vidare än motsvarigheten inom känneteckensrätten. Å andra sidan bör erinras om de strängare förväxlingskriterier som tillämpas av MD än vad som gäller inom känneteckensrätten. I MDs praxis öppnas inte för någon *produktregel* motsvarande den som följer av 6 § första stycket VmL (jfr ovan).[198] *Förväxlingsrisk* inom marknadsrätten förutsätter ju en risk för att konsumenterna *de facto* förväxlar varorna; inte, såsom inom känneteckensrätten, en risk för förväxling av ett kommersiellt ursprung, inbegripet risken för association. I fråga om *renommésnyltning*, krävs dock ingen förväxlingsrisk. Det kan i sådana fall således vara fråga om utnyttjande endast av en *mening*.

I flera avgöranden av MD verkar påståendena om otillbörlig renommésnyltning ha accepteras utan närmare utredning av de grunder på vilka och i vilken utsträckning renommésnyltningen tillmäts betydelse för otillbörlighetsbedömningen. I *Pre-Glandin*-avgörandet[199] ansågs bland annat förhållandet att annonsen vände sig till *Preglandinvänner* och att produkterna jämställts i marknadsföringen, innebära utnyttjande av renommé. I *Select*-avgörandet[200] konstaterades, att även om någon kvalitetsmässig skillnad mellan de båda bollarna inte påståtts, låg det i förfarandet dessutom ett moment av utnyttjande av det goda anseende som *Selectfotbollarna* hade. Det verkar traditionellt sett helt enkelt ha varit lättare för domstolen att fälla på grunden vilseledande eller på otillbörlig jämförelse i reklam än renommésnyltning. En sannolik förklaring härtill kan vara de motivuttalanden som länge varit vägledande för dom-

[198] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 132.
[199] MD 1987:10 (Pre-Glandin).
[200] MD 1987:30 (Select).

stolen. I motiven kan avvägningen mellan konsumentskyddsintressen och intresset att skydda konkurrerande näringsidkare klart iakttas. Trots att domstolen gjort gällande att andra intressen än konsumentskyddsintressen kan tillmätas betydelse, har regelmässigt hänvisningar gjorts till uttalanden i propositionen till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring,[201] enligt vilka huvudregeln, också vad gällde renommésnyltning, skulle vara att bedömningen gjordes främst i konsumentskyddsintresse och att förfarandet borde betraktas som otillbörligt endast om det var *ägnat att på ett förkastligt sätt suggerera allmänheten*. Också i det hänseendet är *Robinson*-avgörandet ett genombrott.

Robinson-avgörandet skiljer sig från tidigare avgöranden om renommésnyltning också genom att det där inte stod klart att *OLW* hade så att säga mindre *goodwill* eller sämre renommé än *SVT* och *Expedition: Robinson*.[202] Att det kan vara fråga om *renommésnyltning*, trots att företagen har enahanda *goodwill*, förefaller också ha bekräftats i praxis efter *Robinson*-avgörandet. Jag har i andra sammanhang ifrågasatt om det verkligen kan vara fråga om *snyltning* i teoretiskt hänseende när det snyltande kännetecknet har samma eller likvärdigt renommé som det påsnyltade kännetecknet. För att det skall vara fråga om renommésnyltning, ligger det närmast till hands att anta att snyltaren utnyttjar det högre *goodwillvärde* som finns i den snyltade produkten. Argumentationen för att det i *Robinson*-avgörandet skulle anses utgöra renommésnyltning synes dock vara av annat slag, nämligen att *SVT* hade kunnat utnyttja sitt renommé genom att vid marknadsföring av *andra produkter* anknyta till programmet. När tredje man således, utan tillstånd och utan ersättning utnyttjade namnet på TV-programmet, går rättighetshavaren miste om en möjlig intäkt. Man kan också hypotetiskt tänka sig att *SVT*, genom att antingen inte alls låta annan utnyttja ordet *Robinson* eller genom att låta någon annan eller andra näringsidkare än *OLW* få utnyttja det i sin marknadsföring, skulle kunna öka sitt eget renommé mer än att låta just *OLW* göra det. Att *OLW*, såsom skett, jämte *SVT* utnyttjat ordet

[201] Prop. 1970:57 s. 71 f.

[202] Jfr MD 1985:11 (Marlboro) där faktum att båda produkterna ansågs vara mycket väl kända synes ha haft avgörande betydelse i renommésnyltningsfrågan.

Robinson i marknadsföring för sina produkter, medförde således i detta fall snarare ett slags *indirekt förlust* i form av en eventuell utebliven vinst.[203] Genom *Robinson*-avgörandet har MD således, av allt att döma, givit otillbörlighetsgrunden renommésnyltning ett nytt innehåll.[204] Det förefaller också vara något sådant som legat bakom domstolens motiv i *Guldägg*-avgörandet,[205] där den konstaterade att *TV3*s användning av namnet *Guldägget* innebar att *TV3* kommersiellt utnyttjat det uppmärksamhetsvärde som *Reklamförbundet* skapat bland näringsidkare och att, eftersom *TV3* saknat medgivande från *Reklamförbundet* att delta som sponsor eller använda namnet *Guldägget* i sin marknadsföring, utgjorde de påtalade formuleringarna *en form av* renommésnyltning.

Den praxis som utvecklats i MD, där åberopande av annans kännetecken, även i de fall där kännetecknen kan antas ha enahanda *goodwillvärde*, har ansetts utgöra renommésnyltning, kan också den förklaras enligt principerna om kännetecknets *mening* och *referens*. Även om jag vill vidhålla, att uttrycket renommésnyltning bör förbehållas de situationer, där utnyttjandet av annans kännetecken avser en *goodwillskillnad*, vilket också tidigare har varit det traditionellt antagna, medför ju alla otillåtna anspelningar på annans kännetecken ett utnyttjande av konkurrentens *mening*. I undantagsfall kan den gynna dem båda.[206] Det är ju vanligen en förutsättning för merchandisingavtal. Huvudprincipen bör ändå vara att en kännetecknenshavare skall ha exklusiv bestämmanderätt över hur *meningen* i hans kännetecken kommer till uttryck i kommersiella sammanhang. Inte minst urvattningsrisken och problemen vid eventuella licensieringssituationer talar för det. I ett sådant perspektiv blir MDs avgöranden om renommésnyltning riktiga. Även om det kanske inte alltid är fråga just om att *snylta* på konkurrentens *renommé*, kan

[203] Marknadsrättens goodwillskydd s. 122 f; jfr Nordell i JT 1999-2000 s. 657. Varumärket EXPEDITION ROBINSON är idag registrerat för *Strix* i klasserna 9, 16, 35, 36, 38 och 41 (registreringsnummer: 0335113).

[204] Jfr Nordell i JT 1999-00 s. 658.

[205] MD 2001:21 (Guldäggstävlingen).

[206] Jfr de exempel som ges i Gunnarsson, Renommésnyltning och otillbörligt goodwillutnyttjande – utifrån ett näringsidkarperspektiv (cit. Renommésnyltning) s. 56 ff.

det vara fråga om att, utan medgivande, *rida* på den *mening* som tillskapats i hans kännetecken.

Här skall slutligen nämnas något om utvecklingen inom fenomenet *kännetecknesdifferentiering*. Kännetecknesdifferentiering har, på grund av bland annat nya marknadsstrukturer, kommit att få en delvis annan funktion och innebörd. Det märks inte minst på globaliserade marknader, såsom t.ex. bilmarknaden, där stora koncerner går samman och bilmärken köps upp, utan att något i övrigt särskiljande ifråga om tillverkningssätt, geografiskt ursprung eller andra faktiskt kännetecknande egenskaper hos den förvärvade produkten tas över av köparen. Om en personbil således heter *Volvo* eller *Ford*, tenderar att få allt mindre betydelse. Detta väcker frågan om kännetecknesdifferentierings överensstämmelse med god marknadsföringssed och förefaller på sikt att kunna leda till att sådant i mindre utsträckning kan åtkommas rättsligt, eftersom omsättningskretsen i allt mindre mån kommer att ha anledning att förvänta sig något särskiljande eller unikt i fråga om faktiska egenskaper, prestanda, produktionsmetoder, faktiskt ursprung m.m. av en vara med visst kännetecken. Det måste också medelbart leda till minskad märkeslojalitet, eftersom serviceåtaganden m.m. samordnas för alla kännetecken som finns inom en och samma koncern. Å andra sidan riktas blicken samtidigt gärna mot företag som verkligen kan visa att kännetecknet står för något unikt.

7. Sammanfattande analys

Inledningsvis (ovan s. 22 ff.) presenteras några hypoteser som undersökningen avser att pröva. Med utgångspunkt i dem tas i detta avslutande kapitel upp för ytterligare behandling och analys några centrala sammanhang i den materiella undersökningen (kap. 4–6). Särskilt berörs två frågor, vilka också har betydelse för överväganden om den gällande svenska kännetecknsrätten tillgodoser marknadens anspråk på ett effektivt kännetecknsrättsligt skydd (jfr ovan s. 24). Den första frågan är om och på vilka sätt den judiciella förväxlingsbedömningen i en intrångssituation bör skilja sig från den administrativa bedömningen av varumärkens registrerbarhet (se härom särskilt nedan avdelning 7.2.4). Den andra frågan rör marknadsföringsrättens relation till kännetecknsrätten (se härom särskilt avd. 7.3). I centrum för övervägandena står hypotesen om kännetecknets *mening* och *referens*.

7.1 Den första hypotesen

Den *första* hypotesen som angivits som *grundläggande*, är att kännetecknsrätten har två föremål: *referens* och *mening*. Enligt min bedömning, är det redan visat att kännetecknsrättens föremål kan definieras som ett skydd för dess *referens* och *mening*. Som en *hypotes* för definition av kännetecknsrättens skyddsobjekt, har den fått stå väsentligen oprövad i undersökningen. Några *falsifieringsförsök* har inte företagits. Det har heller inte varit målsättningen. Det är inte heller något primärt

syfte att *uteslutande* försöka definiera kännetecknsrättens skyddsobjekt som ett skydd för *mening* och *referens*. Kännetecknsrättens skyddsobjekt kan – i många fall säkert bör – definieras och förklaras på annat sätt, med andra verktyg och utifrån andra angreppspunkter. I så fall kan hypotesen om kännetecknsrättens *mening* och *referens* fungera kanske snarast som en *förklaringsmodell*.

Även om valet av undersökningsobjekt kan ifrågasättas, eftersom det inte utgår ifrån marknadsförutsättningar och ett marknadsrelaterat kännetecknsobjekt, utan i stället ett semantiskt sådant, är det enligt min uppfattning emellertid fruktbart. Kännetecknsrätten är ett immaterialrättsligt skydd som förutsätter ett skyddsföremål. Därför faller det sig naturligt att rikta fokus på just objektet. Genom att definiera objektet som ett så att säga *statiskt* skyddsobjekt för *referens*, med tidig förankring i kännetecknsrätten, och ett mer *dynamiskt* skyddsobjekt för associativa kopplingar till erfarenheter i kännetecknets *mening*, möjliggörs perspektiv på kännetecknsrätten med förankring i såväl dess teoretiska grund som i dess faktiska utövande.

> Här kan finnas anledning att närmare förklara vad som avses med ett *statiskt* respektive *dynamiskt* kännetecknsobjekt. Ett *statiskt* kännetecknsobjekt ger uttryck åt immaterialrättens traditionella *objektslära*: Lagen anger vissa kriterier som måste vara uppfyllda för att en *ensamrätt* till ett kännetecken skall tillkomma rättighetshavaren. Kriterierna prövas av registreringsmyndigheten vid registrering och av domstolen vid intrång. Om kriterierna är uppfyllda, föreligger en ensamrätt till det immateriella *kännetecknsobjektet*. Därmed skapas ett *referensförhållande* – en *kännetecknsrätt*. Ett *dynamiskt* kännetecknsobjekt skapas och upprätthålls av den rätt som kännetecknet ger inom marknaden – ett *konkurrensförhållande*. En registrering behöver i sig inte innebära existensen av en ensamrätt. Inarbetning kan skapa eller utvidga rättens existens och omfång.[1] Marknadsföringsåtgärder och andra åtgärder kan påverka kännetecknets position, värde m.m. – *mening*. Något överdrivet skulle man kunna säga att det *statiska* ytterst ligger i en *rättsdogmatisk* önskan att hänföra vissa faktiska förhållanden till i lagen angivna rekvisit, medan det *dynamiska* ytterst ligger i att låta

[1] Jfr Holmqvist i Vennebog til Mogens Koktvedgaard 3. 285.

> skyddet styras av förutsättningarna på en fungerande marknadsplats. I det perspektivet verkar den företagsekonomiska forskningen om varumärken ta hänsyn mer till varumärkets *dynamiska* funktioner än till dess *statiska* egenskaper. Som ovan (s. 31) konstateras, fokuseras inom marknadsföringsteori mer på vad man kan åstadkomma med kännetecken än vad de egentligen är. De beskrivs således ofta i en handlingssituation – *process*. Man talar om *varumärkesstrategier* och om att *bygga starka* varumärken,[2] om *brand management*, *positionering* och att ge kännetecknen *image*. Det är uppenbart att *image* motsvarar kännetecknets *mening*, men synes vara något vidare och mer komplext än vad som inom kännetecknsrätten normalt avsetts med *egenvärde*, *renommé* eller *goodwill*. Man talar om att kännetecknet tillför själva produkten mervärden – *added values* – i form av *image*, *service*, *support* m.m.

Vissa av de kännetecknsrättsliga reglerna avser att skydda kännetecknets *referens*, andra avser att skydda dess *mening* och vissa åter avser att skydda både *referens* och *mening* i ett visst perspektiv. I vissa fall synes *referens* och *mening* också tangera eller gå in i varandra. Det immateriella objekt som skyddas av kännetecknsrätten såsom individualiseringsmedel är ett skydd för själva kännetecknet d.v.s. dess *referens*. Även om det naturligtvis kan skapa problem, såväl i fråga om förväxlingsbarhet med andra kännetecken som i fråga om degeneration, är detta objekt oftast relativt lätt att utpeka och, genom kännetecknsrättens förväxlingsregler, även relativt lätt att avgränsa mot annat.

En tydlig tendens i utvecklingen av kännetecknsrätten är att *mening* och *referens* i allt större grad kommit att påverka varandra. Ursprungligen gav kännetecknsrätten skydd endast för *referens*, d.v.s. den rena kopplingen mellan kännetecknen och de varor eller näringsverksamheter som det var registrerat för. Sedan infördes ett skydd även för inarbetade kännetecken. I inarbetning ligger ett visst mått av tillskapande av *mening* som bidrar till att ge en ny *referens*. Genom skyddet för väl ansedda kännetecken angavs *mening* i form av *goodwill* uttryckligen som ett skyddsföremål. Värt att särskilt uppmärksamma är hur nya *menings-*

[2] Jfr Aaker, Building Strong Brands.

komponenter i form av *urvattning*, *association* och otillbörliga angrepp på kännetecknets *anseende* införlivats med förväxlingsläran, d.v.s. att *meningsaspekter* förs in i bedömningen av kännetecknets *referens*. Därtill kan man tydligt se hur skyddet för kännetecknens *mening* stärkts genom rättsutvecklingen, kanske främst på senare tid, inom marknadsföringslagstiftningen.

Det är förvisso *referensen* – kopplingen mellan kännetecknet och de varor som det symboliserar – vilken skapar grunden för en ensamrätt. Såsom visas ovan och ytterligare utvecklas något nedan, är emellertid kännetecknets förvärvade *mening* i vissa fall därtill en nödvändighet för att *referensen* skall kunna tillskapas och därmed för att skyddet skall uppkomma och kunna vidmakthållas. Det gäller i de fall *mening* tillskapas som resultat av *inarbetning*.

Medan *referens* tenderar att i alla sammanhang skapa ett samband – att *koppla* ett kännetecken till en viss vara eller ett kommersiellt ursprung, lovligen genom registrering eller inarbetning eller olovligen genom åberopande, renommésnyltning eller jämförande reklam m.m. – avser *mening* på ett annat sätt en *utåtriktad* verksamhet, att – lovligen eller olovligen – förmedla ett *meningsinnehåll* som skall fånga omsättningskretsens uppmärksamhet. Detta synsätt kan relateras till kännetecknets ovan i inledningen till kapitel 2 (s. 70) presenterade *fyrpartsförhållande*, där parterna antas utgöras av *kännetecknet* i sig som är rättens huvudföremål, *varan* eller *tjänsten* som kännetecknet skall symbolisera, *kännetecknshavaren* och *omsättningskretsen*. Således pekar kännetecknets *referens* inåt och bakåt, medan dess *mening* pekar utåt och framåt. *Referensen* verkar som skyddets *upprätthållare* – ett rättsfaktum. *Meningen* tar sig snarare uttryck i rättens värde och potential. Fyrpartsförhållandets tillämpning på kännetecknets *mening* och *referens* ger också rättslig relevans åt de i 2 kap. presenterade skilda *syften och funktioner* som ett kännetecken kan ha.

> Här bör kanske åter också poängteras att hypotesen om kännetecknsrättens skyddsobjekt som *mening* och *referens* bör kunna appliceras även på andra föremål än just *ordkännetecken*. Särskilt tydligt gör det sig gällande i fråga om *förväxlingsbedömingen* där ett ordkännetecken kan anses för-

växlingsbart med ett figurkännetecken eller ett kombinerat ord- och figurkännetecken. Såväl *referens*- som *meningsaspekter* kan medföra att associationen mellan ord och figur skapar förväxlingsbarhet. När det gäller kravet på *särskiljningsförmåga* gör sig *referensaspekten* tydlig t.ex. i fråga om funktionellt betingade utstyrslar. Man kan naturligtvis argumentera för att en sådan utstyrsel inte bör kunna ges kännetecknsrättsligt skydd, eftersom det skulle kunna leda till ett alltför långtgående monopol, men också för att en ensamrätt inte skall kunna meddelas på grund av avsaknad av symbolegenskap: Kännetecknet *denoterar* eller *refererar* till sig själv och således inte till ett specifikt objekt – ytterst det kommersiella ursprunget.[3] Även i fråga om mer immateriella företeelser, såsom enstaka färger, dofter och ljud, kan man argumentera för ett frihållningsbehov, liksom för att omsättningskretsen i dag normalt sett inte direkt uppfattar en kommersiellt bärande *referens* eller särskilda *meningsegenskaper* i företeelser av ett så abstrakt slag, men också att det motsatta kan anses gälla under särskilda omständigheter. Kanske kan en tillämpning av hypotesen om kännetecknets *mening* och *referens* därför bidra till att lösa de problem som i dag uppfattas kring dessa företeelsers tjänlighet och skyddsbarhet som kännetecken.

7.1.1 Referens

Liksom ord står för vissa föremål eller begrepp, står ett kännetecken för något – en vara eller ett kommersiellt ursprung. Ett kännetecken *refererar* till alla varor som bär eller marknadsförs under kännetecknet. Det är kännetecknets *referens*, *beteckning* eller *denotation*. Det är således *referensen* som i teknisk bemärkelse är ett immateriellt objekt för förfogande. Till skillnad från vad som gäller t.ex. inom upphovsrätten och patenträtten, där objektet är att söka i *uttrycket – verk* respektive *uppfinning* – finns kännetecknsrättens föremål i *kopplingen* mellan symbol och föremål. Det ger kännetecknsrätten initialt en *immaterialiserad* ställning i förhållande till övriga immaterialrättigheter. Förhållandet är enkelt när det är fråga om rena fantasiord eller fantasifigurer. I så fall

[3] Se härtill de danska avgörandena angående varumärkesrättsligt skydd för förpackningsutstyrslar U 2003 s. 2400 (H) (Smarties) och i U 2003 s. 2166 (S) (Bodum) samt Schovsbos kommentar i NIR 2004 s. 83 ff.

uppfattas varans identitet lätt som ordets eller figurens. Inget hindrar emellertid att man väljer ett ord eller en figur som redan finns som kännetecken, t.ex. *tiger*. Använt som kännetecken, kan det *referera* till alla varor som marknadsförs under ordet *Tiger*. Uttrycket *secondary meaning* indikerar att det måste finnas en ”*primary*” *meaning*. Den avser naturligtvis ordet *tigers primärreferens* till alla tigrar. En användning av ordet *tiger* som kännetecken ger därför ett naturligt så att säga *överskott* av den *mening* – de *associationer* m.m. – som kan finnas i det allmänna medvetandet om tigrar, något som i många fall kan vara fördelaktigt för kännetecknenshavaren vid etablering av ett nytt kännetecken, eftersom det kan ge så att säga *rätt* associationer till hans varor eller verksamhet. De kan vara *imageskapande*.

Eftersom marknadsrätten inte är utformad som ett immaterialrättsligt objektskydd, har skyddet för kännetecken inom marknadsföringslagstiftningen ovan (s. 429) beskrivits som ett *objektstomt* skydd.[4] Det tillhandahåller ett skydd mot otillbörliga *åtgärder*. Även om åtgärden kan utgöra ett angrepp på annans kännetecken, blir det, tekniskt sett, ett skydd mot ett visst agerande. I de allra flesta fall av otillbörliga åtgärder med annans kännetecken – vilseledande om kommersiellt ursprung, jämförande reklam, renommésnyltning och misskreditering – är det kännetecknets *mening*, vanligen kännetecknets egenvärde eller *goodwill* som angrips på ett eller annat sätt. Såsom ovan (s. 504 ff.) konstateras, är skillnaden mellan den kännetecknsrättsliga ensamrätten och det marknadsrättsliga skyddet i många fall obetydlig. Ändå finns där en modal skillnad som ligger främst i att *meningen* ligger i, och indirekt bestäms av, själva marknadsföringsåtgärden. Eftersom marknadsföringslagstiftningen inte skall vara ett objektskydd i traditionell immaterialrättslig bemärkelse,[5] faller det sig också naturligt att, som förutsättning för ingripande, snarare ta utgångspunkt i konkurrerande företags handling, något som också torde följa av MDs kriterieval och tillvägagångssätt att angripa bedömningsmateria.

[4] Jfr Rosén i Festskrift til Mogens Koktvedgaard s. 483.
[5] Jfr Loc. cit.

Marknadföringsrätten ger emellertid på skilda sätt också ett skydd för *referens*. Det har kommit till uttryck främst i de kriterier med vilka MD har prövat otillbörlig efterbildning. Eftersom åtgärden måste medföra *förväxlingsrisk* för att kunna förbjudas, förutsätts enligt denna prövning att omsättningskretsen kan förväxla varorna, d.v.s. att de har samma *referens*, men även renommésnyltning förutsätter ett kommersiellt referensförhållande (jfr nedan s. 562 ff.).

7.1.2 Mening

I en väl genomförd varumärkesstrategi ges kännetecknet först en identitet som kan utgöras av skilda komponenter, såsom *fysik*, *personlighet*, *kultur*, *förhållande* och *reflektion*. Dessa utgör i sig *meningsegenskaper*, vilka sedan genom inarbetning skall skapa en bild – *image* – i förbrukarens medvetande.[6] Inom marknadsföringsteori har man tagit utgångspunkt i hur ett kännetecken har värde för förbrukaren och att det beror på dess *position* i hans medvetande.[7] Det är genom att ge kännetecknet en bestämd *position* inom marknaden som det kan skilja sig ur mängden och få en unik identitet. Positionering kan förklaras som den process som leder till att kännetecknet får en distinkt och värdefull plats i omsättningskretsens medvetande. Positionering är nära kopplad till själva produkten. Den visar vilket produktsegment som kännetecknet tillhör och vilka unika egenskaper som produkten har.

Kännetecknets *mening*, d.v.s. dess *konnotativa* eller *associativa* egenskaper och värden, berör en rad aspekter av kännetteckensrättens föremål. När det gäller den ursprungliga *meningen*, är det de *associationer* som finns i ordet, vilka ger varan kännetteckensegenskap. I fråga om förvärvad *mening* är det den uppfattning om varans egenskaper som ackumuleras i kännetecknet genom inarbetning, vilken lägger grunden för kännetecknets skyddsförtjänthet. Stora delar av kännetteckensrätten handlar också just om detta förhållande. Det utgör grunden i registre-

---

6 Jfr Keller s. 92 ff.

7 Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 37 ff. och Varumärkesstrategi s. 48 ff. Se om kundlojalitet även Söderlund, Den nöjda kunden och Den lojala kunden.

ringsbedömningen och är de väsentliga komponenterna i bedömningen av särskiljningsförmåga och förväxlingsbarhet. Kännetecknenshavaren värdesätter kännetecknets förvärvade *mening*. Den kan utnyttjas av honom själv och ger kännetecknet bland annat *reklamfunktion* och *marknadsstyrande* funktion. Den ger också soliditet åt kännetecknenshavarens verksamhet och skapar förutsättningar för investeringar, licensiering och överlåtelse. För förbrukarna är kännetecknets *ursprungsangivelse-*, *kvalitets-* och *garantifunktioner* av stor betydelse, eftersom de minskar kostnaderna för omsättningskretsen att navigera mellan varor och fatta rationella köpbeslut;[8] kort sagt kännetecknets *mening* bidrar till att minska transaktionskostnader eller sökkostnader inom marknaden – särskilt inom konsumentledet.[9] Kännetecknets *mening* skapar därtill även förutsättningar för att en förvärvare eller licenstagare av kännetecknet skall kunna värdera det.

7.1.2.1 Goodwill som skyddsobjekt

Ursprungligen var syftet med ett skydd för kännetecknsrättens *mening* kanske främst att tillförsäkra kännetecknenshavaren möjligheter att upprätthålla skyddet, men på senare tid har det blivit allt tydligare hur skyddet för kännetecknets *mening*, kanske främst i form av olika aspekter av skydd för kännetecknets *egenvärde* eller *goodwill*, kommit att framstå som en allt viktigare del av kännetecknsrättens skyddsföremål och -syfte. I skyddet för *mening* har också kommit att vävas in olika komponenter för att tillgodose förbrukarnas intressen. Utvecklingen är ett tydligt utflöde av infrastrukturella förändringar som den tekniska utvecklingen har bidragit till. Det är en del av kännetecknets ständiga *immaterialisering* – dess lösgörande från vara, producent och faktiskt ursprung.

Medan *referens* bör uppfattas närmast som ett statiskt förhållande är *meningen* på ett annat sätt *dynamisk*. Ett kännetecken kan därför ha mer eller mindre *mening* och *meningen* kan avse olika företeelser. Till att

[8] Jfr Torreman i Intellectual Property Quarterly 1998 s. 302.

[9] Se Landes/Posner, i Journal of Law & Economics 1987 s. 265 ff.; McClure i TMR 1979 s. 345 ff.; jfr Varumärkeskonflikter s. 136.

börja med kan ses en skillnad mellan kännetecknsrätt och marknadsrätt. Eftersom kännetecknsrätten är en immaterialrättslig ensamrätt, blir kännetecknets *mening* primärt att uppfatta som ett *objekt* för skyddet i sig. Även om *mening* kan vara *inneboende – primär* – såväl som *förvärvad – sekundär* (jfr ovan avd. 3.3.1.1–2), är det främst den förvärvade *meningen* som får rättslig relevans. Ett undantag gäller emellertid för geografiska *ursprungsbeteckningar*, där också den ursprungliga *meningen* är skyddsvärd och således en väsentlig del av skyddsobjektet som sådant. Även om *goodwill* i sig inte ställer krav på en viss högre kvalitet eller renommé, är det ofrånkomligt att just kännetecken med en högre anseendegrad[10] har förvärvat en *mening* av särskilt slag. När man talar om kännetecknets *garantifunktion* (jfr ovan avd. 2.3) och då avser närmast att kännetecknet garanterar viss kvalitet och servicegrad eller att vissa märkesvaror skall ha viss åtkomstgrad, garanterar *meningen* något mer specifikt eller tekniskt. I kännetecknen kan också finnas vad som kan kallas för *nostalgivärden*. Kännetecken kan ha fått *kultstatus* (antingen generellt eller inom vissa konsument- eller marknadssegment, eller hos enstaka förbrukare). Å andra sidan kan kännetecken också ge särskilda pejorativa signaler – *badwill*.

> Ett exempel på hur ett kännetecken kan förvärva ofrivillig *badwill*, kan vara grundstötningen år 1978 av tankfartyget *Amoco Cadiz* utanför Bretagne när 220.000 ton olja läckte ut i Atlanten. I efterhand visade det sig mindre lyckat för det amerikanska oljeföretaget *Amoco* att döpa sina tankfartyg *Amoco* med tillnamn. Detta var naturligtvis ursprungligen på sitt sätt ett strategiskt val, eftersom det inom transportledet innebar inarbetning av kännetecknet *Amoco*, men samtidigt en betydande risk för *goodwillförlust* om något fartyg råkade illa ut.[11] Eftersom företaget inte var allmänt känt som sådant på den plats där fartyget gick på grund, kom det i stora delar av världen emellertid inte att förknippas med ett kommersiellt ursprung och därmed inte heller att drabbas av den *goodwillskada* som det hade medfört om grundstötningen hade skett utanför Amerikas kust.

[10] Jfr användningen av ordet ”nimbus” i skälen till MD 2002:20 (Champagnesmak!).

[11] Samma förhållande gäller naturligtvis i fråga om grundstötningen av tankfartyget *Exxon Valdez* utanför Alaskas kust år 1989.

Att *goodwill* i förekommande fall är av avsevärd ekonomisk betydelse för kännetecknenshavaren står utom allt tvivel. Så länge egenvärdet ger uttryck åt en viss jämn produkt- och servicekvalitet, är det också i förbrukarnas intresse att det kan upprätthållas (jfr ovan avd. 2.3, 3.3.3 och 4.4.5). Det gäller direkt så länge priset är konstant, men torde medelbart gälla oavsett produktpriset. En annan och svårare fråga är om kännetecknets *mening* i form av andra egenskaper hos varan också kan ha betydelse för omsättningskretsen och kanske särskilt för konsumenterna.[12]

Kännetecknets *goodwill* är naturligtvis av avgörande betydelse också för det intresse som kan finnas för andra att åberopa kännetecknet. Normalt försöker näringsidkaren få sin egen vara att framstå som bättre än konkurrenternas varor. Om marknadsföringsåtgärden faller väl ut, drar näringsidkaren ekonomisk nytta av den *goodwill* som den åberopade varan har. Den negativa påverkan som alla former av relationer och associationer mellan skilda kännetecken och kommersiella ursprung skapar, drabbar varumärkets anseende. Ett åberopande av annans kännetecken behöver inte i strikt juridiskt hänseende innebära kännetecknensintrång (jfr ovan avd. 5.3), men kan vara till *förfång* för kännetecknenshavaren.[13]

Enligt *Wessman* borde storleken på den negativa påverkan beräknas utifrån storleken av varumärkets associationsskapande egenskaper och den ursprungliga distinktivitetens storlek,[14] något som förefaller teoretiskt helt riktigt, men som knappast kan omsättas i praktiken. I fall av åberopande, kan antas att förmögenhetsöverföringens storlek, bör vara beroende av skillnaden i *goodwill* mellan de jämförda kännetecknen. En rimlig utgångspunkt bör då vara att någon *goodwillöverföring* inte kan ske om det som motställs vartannat har i stort sett enahanda *goodwill-*

[12] Jfr Koktvedgaards ovan (s. 154) åberopade uttalande i fråga om välrenommerade kännetecken att man, när ett egenvärde uppstod hos kännetecknet, hade att göra med ett psykologiskt fenomen hos konsumenterna som hängde samman med människors smak, klädsel och vanor samt människornas tendens att projicera sig själva i varor. Människor kände sig ofta trogna gentemot sig själva när de var trogna ett bestämt kännetecken (Immaterialretspositioner s. 162).

[13] Jfr Wessman i NIR 1993 s. 205.

[14] Op. cit. s. 206 f.

värde.[15] Ett *väl ansett* eller *välrenommerat* kännetecken bör ju rimligen inte kunna *snylta på* eller *dra otillbörlig fördel* av det anseende eller *renommé* som finns i ett annat lika *väl ansett* eller *välrenommerat* kännetecken. I en otillbörlighetsbedömning måste därför utnyttjandets art och omfattning – *goodwillskillnaden* medtagen – ha stor betydelse.

Utgångspunkten för *licensiering* av *väl ansedda kännetecken*, särskilt i fråga om *merchandising*, är att kännetecknet kan läggas till grund för en *exploatering* av kännetecknet. Exploateringen skall för det första innebära att kännetecknets *referens* bevaras och för det andra att kännetecknets *mening* inte går förlorad. Det förklarar varför vissa välrenommerade kännetecknenshavare synes kunna acceptera annans användning av deras kännetecken i marknadsföring av välrenommerade varor.[16] Det bör emellertid höra till kännetecknenshavarens ensamrätt att bestämma hur och under vilka omständigheter kännetecknet får användas. Det otillbörliga i annans användning av ett kännetecken med samma anseende eller renommé ligger dels i ett obehörigt angrepp på det potentiella eller faktiska *licensobjekt* som tillkommer kännetecknenshavaren, dels i att kännetecknets i fråga *särskiljningsförmåga* kan *försvagas*. Ju fler företeelser som kännetecknet förknippas med, desto svagare blir dess särskiljningsförmåga – ju fler *meningar*, desto bräckligare blir dess *referens*. Kort sagt, det ökar risken för *urvattning*.[17] I det perspektivet är det värt att uppmärksamma att MD i praxis rörande renommésnyltning från senare tid inte i någon nämnvärd omfattning synes beakta betydelsen av skillnaden mellan kännetecknens anseende eller renommé. Tydligt är tvärt om att renommésnyltning enligt MD kan föreligga även när de ifrågavarande företagen synes ha enahanda renommé (jfr ovan s. 509 f.).[18]

---

[15] Jfr Renommésnyltning s. 57; se även Nordell i JT 1999-2000 s. 656.

[16] Om denna tendens, se Renommésnyltning s. 56 ff. och exemplen där *Tabasco* utnyttjats i reklam för datorer och bilar, där *Porsche* utnyttjats i reklam av *IKEA* och där *Moët & Chandon* utnyttjats i reklam för motorolja.

[17] Jfr Melin, Frans / Urde, Mats: Varumärket – en hotad tillgång, Liber, Malmö 1990 s. 91 ff.

[18] Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 121 ff. och Nordell i JT 1999-2000 s. 656.

7.1.2.2 Mening inom marknadsföringsrätten och uppmärksamhetsvärde som meningsbärare

Att en otillbörlig marknadsföringsåtgärd kan ske genom otillåten kännetecknsanvändning, eller eljest med hjälp av annans kännetecken, har framgått ovan. Åtgärden kan då vara otillbörlig just därför att kännetecknet utnyttjas i syfte att *dra nytta av annans kommersiella renommé*. Detta kan ske även utan att något kännetecken i trängre bemärkelse utnyttjas. Det kan enligt den praxis som MD har utvecklat finnas *goodwill* också i annat än kännetecken, såsom t.ex. i en varas eller förpackningskända och särpräglade utstyrsel. Att utnyttjandet då sker utanför kännetecknsområdet förtar inte faktum att det marknadsrättsliga skyddet i ett sådant fall är ett skydd för *mening*, skapat genom inarbetning med ett visst resultat – ett slags *image*.

I MDs domskäl, särskilt i fråga om *renommésnyltning*, talas numera ofta om ett *uppmärksamhetsvärde*. Den omedelbara inspirationen till begreppet kan domstolen ha fått av motiven till MFL, där MU uttalade att renommésnyltning förelåg redan vid ett *uppmärksamhetsskapande* utnyttjande av annans anseende.[19] Vad som exakt avses med *uppmärksamhetsvärde* framstår inte som helt klart. Därmed synes avses ett slags s.k. *OBS-värde*, men framstår närmast förknippat med ett kommersiellt anseende eller *renommé*, d.v.s. ett *goodwillvärde*. Valet av begreppet *uppmärksamhetsvärde* i stället för *goodwillvärde*, indikerar dock att det kan vara fråga om något vidare.[20] Man kan t.ex. tänka sig att ett företag i en viss marknadsföringssituation associerar till eller anspelar på en konkurrent på ett sätt som i sig inte direkt utgör renommésnyltning, men som medelbart, på grund av konkurrentens inarbetade marknadsposition, får mottagarna att rikta särskild uppmärksamhet åt marknadsföringsåtgärden, något som i sig kan medföra en urvattning av konkurrentens renommé, försvaga hans företagsidentitet eller urvattna hans kännetecken och därmed otillbörligen utnyttja konkurrentens marknadsfö-

[19] SOU 1993:59 s. 328; jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 22 och Rosén i festskrift til Mogens Koktvedgaard s. 485.

[20] Jfr Rosén i Festskrift til Mogens Koktvedgaard s. 484 ff.

ringsinvesteringar, vilket väl torde kunna illustreras av det ovan (s. 458 f.) berörda *Guldägg*-avgörandet.[21] Det bör också erinras om hur MDs användning av begreppet uppmärksamhetsvärde är relaterat till konsumenterna. I de flesta fall där det används är det nämligen till dem som *uppmärksamheten* är riktad. Uttrycket uppmärksamhetsvärde i denna bemärkelse lanserades av MD i det s.k. *Robinson*-avgörandet[22] (jfr ovan s. 482 ff.).

> Domstolen uttalade att i den mån det *uppmärksamhetsvärde* som beskrivits, kunde sägas medföra ett *renommé* för *SVT*, var det sålunda fråga om *renommé* i *något vidare mening* än som brukade avses med detta begrepp. Detta betydde emellertid inte att det borde vara tillåtet för utomstående att fritt utnyttja det *uppmärksamhetsvärde* som *SVT* skapat genom TV-programmet. Ett obehörigt sådant utnyttjande kunde vara *renommésnyltning* på samma sätt som förfaranden vilka traditionellt hade betecknats så. Även om antalet program i *SVT* som blev kända på det sättet sannolikt var begränsat, syntes det klart att vissa produktioner, särskilt av seriekaraktär, måste anses vara av detta slag. *OLWs* marknadsföring, i nära tidsmässig anslutning till TV-programserien, av produkter med benämningen *Robinsonchips* och i förpackningar med en bild av söderhavsmiljö, hade mycket stark anknytning till TV-programmet och associerade till detta. Därigenom utnyttjade *OLW* kommersiellt ett *uppmärksamhetsvärde* som *SVT* och TV-programmet fick anses ha skapat hos konsumenterna. Något medgivande från *SVT* att använda namnet *Robinson* i marknadsföringen förelåg inte, varför marknadsföringen utgjorde en form av renommésnyltning.

Uppmärksamhetsvärdet som uttryck för bärare eller förmedlare av renommé har sedan befästs i MDs praxis. Strax efter *Robinson*-avgörandet ansågs vid marknadsföring av rutiga sängar[23] att marknadsföringen – som ansetts inte vara vilseledande enligt 6 eller 8 § MFL – hade en stark anknytning till ett konkurrerande företags kända rutmönster och associerade till detta, varigenom ett *uppmärksamhetsvärde* som det företaget skapade, utnyttjats kommersiellt. Marknadsföringen bedömdes

[21] MD 2001:21 (Guldäggstävlingen); jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 22.
[22] MD 1999:21 (Robinson).
[23] MD 2000:25 (Hästens I) (s. 485 f.).

därför utgöra renommésnyltning och därmed vara otillbörlig enligt 4 § MFL.[24] I MD 2001:26 (Falu Rödfärg) (jfr ovan s. 451 f.) konstaterade domstolen att det i den aktuella marknadsföringsåtgärden använts påståenden, vilka befunnits ha en stark anknytning till det andra företagets kända färg och associera till denna, varigenom ett *uppmärksamhetsvärde* som det företaget skapade, hade utnyttjats kommersiellt. Påståendena bedömdes utgöra renommésnyltning. I *Guldägg*-avgörandet[25] konstaterade domstolen att *Guldäggstävlingen/Guldägget* var den ledande reklamtävlingen i Sverige. Den hade erhållit ett särskilt *uppmärksamhetsvärde* och fick anses vara så välkänd att den därigenom också hade ett *betydande kommersiellt värde*. I MD 2001:15 (Svenska Spel) hade ett företag (*Estline*) i reklamfilmer för kryssningsresor använt samma rollkaraktärer som tidigare använts av *Svenska Spel* i reklamfilmer för speltjänster. Domstolen konstaterade att *Estlines* reklamfilmskampanj utformats med syfte att anknyta och associera till karaktärerna. Därigenom hade *Estline* utnyttjat det *uppmärksamhetsvärde* som *Svenska Spel* genom sin marknadsföring av dessa, hade skapat hos konsumenterna. I *Champagnesmak*-avgörandet[26] uttalade domstolen att *Champagne* var ett utomordentligt välkänt namn och ursprungsbeteckning för drycken champagne. Vidare betecknade *Champagne* en produkt med särskilt högt renommé. Det var en högkvalitetsprodukt som var förknippad med festliga tillfällen och som hade ett synnerligen högt *uppmärksamhetsvärde*. I det ovan (s. 452 ff.) berörda *Ullared*-avgörandet[27] konstaterade domstolen att svarandens marknadsföring av sina verksamheter under de aktuella beteckningarna, där beteckningen *Ullared* i samtliga fall ingått som den väsentliga delen, gav marknadsföringen starka associationer till det av *Ge-Kås* inarbetade kännetecknet *Ullared*. Därigenom utnyttjades också det *uppmärksamhetsvärde* som *Ge-Kås* hade skapat hos konsumenterna.

[24] Jfr MD 2001:16 (Hästens II).
[25] MD 2001:21 (Guldäggstävlingen).
[26] MD 2002:20 (Champagnesmak!).
[27] MD 2003:25 (Ullared).

Uppmärksamhetsvärdet är av allt att döma en effekt av inarbetning. Normalt brukar ju också antas att *renommé* är en produkt av inarbetning. Därmed knyter det krav som MD i senare praxis ställt för renommésnyltning rätt väl an till det krav på kännedom som ställs i 8 § MFL om vilseledande efterbildningar, där det talas om ”annan näringsidkares kända och särpräglade produkter”.

7.2 Den andra hypotesen

Den andra hypotesen är att utvecklingen har gått och alltjämt går mot att kännetecknets *mening* blir allt mer framträdande, medan dess *referens* i allt högre grad tenderar att träda tillbaka eller marginaliseras. En utgångspunkt som anges är att den äldre kännetecknsrätten utgått ifrån ett relativt *statiskt* märkningssystem genom registreringsskydd som syftade till att skapa och upprätthålla en *referens*, men som över tid utvecklats mot ett allt starkare skydd för den *mening* som kännetecknet kunnat förvärva genom inarbetning. Ett första steg togs genom införandet 1942 av 9 § IKL med möjlighet till skydd för ett kännetecken som inarbetats och därmed fått *mening* hos omsättningskretsen.[28] Det skydd som där gavs avsågs sedermera delvis i förändrad form bli tillgodosett genom 35 § VmL. En nyhet för 1960 års VmL var sedan den s.k. *Kodakdoktrinen*s införande genom 6 § andra stycket VmL med ett skydd för först *synnerligen starkt inarbetade* och sedermera *väl ansedda* kännetecken. När så en effektiv marknadsföringslagstiftning tillkom vid början av 1970-talet, stärktes möjligheterna till skydd mot vilseledande efterbildningar, renommésnyltning och misskreditering, vilka alla avser att skydda olika aspekter av *mening*, men på vissa sätt också *referens*. Här märks särskilt utvecklingen i praxis angående *renommésnyltning* (jfr ovan avd. 6.6) och det stärkta skyddet *mot otillbörliga jämförelser* (jfr ovan avd. 6.5). Kännetecknsrätten har alltså väsentligen utvecklats

[28] Jfr prop. 1942:257 s. 17 och ovan s. 24 f.

från ett skydd för en *relation* mellan kännetecken, vara och kännetecknenshavare, d.v.s. *referens*, till ett skydd för ett *egenvärde – mening*.

7.2.1 Delhypotesen

Som en delhypotes (jfr ovan s. 25) framförs också att *referensen* tenderar att avse nya företeelser. Medan den tidigare kunde uppfattas som relativt entydig med avsikt att skapa en koppling mellan *kännetecken* och *vara* och därmed medelbart till ett visst kommersiellt ursprung, kan *referensen* i dag – i större eller mindre grad – ses som *antingen* det *ena* eller det andra. Särskilt när det gäller notoriskt kända kännetecken, förefaller *referensen* i högre grad avse kopplingen just till det *kommersiella ursprunget*, d.v.s. ytterst kännetecknenshavaren, som kan vara den som för tillfället förfogar över kännetecknensrätten. Paradoxalt nog förefaller det kunna *referera* till *sig självt*, till en viss *kvalitet* eller vissa *egenskaper* och därmed till kännetecknets *mening*. Detta ger uttryck åt vad som kan kallas för kännetecknensrättens *immaterialisering*. Redan 1931 års revision av varumärkesrätten visar på hur kännetecknensrätten immaterialiserats. Med det förstås närmast att det immaterialrättsliga skyddsföremålet kommit att avlägsnas från sin materiella bärare: person, gård, företag eller vara. Immaterialiseringen blir därigenom en nödvändig följd av den ovan antydda infrastrukturella utvecklingen, där förutsättningarna för industri, handel, informationsproduktion och informationsförmedling utvecklats allt snabbare.

Immaterialiseringen har skett såväl utifrån själva varan och dess egenskaper – t.ex. har tjänster kommit att bli allt viktigare[29] – som från varans ursprung och de kännetecken som används för att individualisera varor och tjänster såsom ljud, doft etc. Från att ha inneburit en ensamrätt, begränsad till att fästa märket på varan (jfr ovan s. 43), har kravet på kännetecknensanvändning utvidgats till behovet av att få använda kännetecknet väsentligen skilt från varan i marknadsföring liksom vid licensiering.[30] Från att ha utgjort endast en ensamrätt att använda kän-

[29] Jfr SOU 1958:10 s. 47.

[30] Jfr Noveller s. 221 ff. och Immaterialretspositioner s. 161.

netecknet i en liten verksamhet för att indikera ett specifikt, ofta lokalt ursprung knutet till en viss fabrik eller affär (jfr ovan avd. 1.3), har rättten utvidgats till att kunna stå för ett utpräglat kommersiellt ursprung i långt vidare bemärkelse. En viktig komponent i detta skeende är förbättrade kommunikationsmöjligeter, både för varor och för information. Dessutom har samhällets komplexitet medfört att det i dag ofta är nödvändigt att effektivt kunna individualisera varor för att omsättningskretsen skall kunna navigera i marknadens mångfald.

Om man utgår ifrån att *referens* är en koppling mellan kännetecken och vara, blir den skäligen *statisk*. Det är förvisso också utgångspunkten. *Referensen* tillskapas av kännetecknshavaren, varför skyddsobjektet i många fall ligger snarare hos kännetecknshavaren än i själva varan. Det gör att *referensen* blir dubbelbottnad och oklar, inte bara när varuproduktion är utlagd på legotillverkning, utan även när kännetecken är föremål för licensiering eller när varukännetecken säljs till andra företag. Här ses förklaringen kanske bäst i ljuset av kännetecknsrättens utveckling från näringskännetecken till varukännetecken. *Referensen* blir därmed i dag i många fall en tredelad figur, där den s.k. *ekonomiska enhetens princip* måste tillämpas. *Referens* i teknisk bemärkelse är således den faktiska kopplingen mellan vara och kännetecken. *Referens* i vidare bemärkelse blir i stället kopplingen mellan kännetecken och kännetecknshavare. Ursprungligen var kännetecken och tillverkare alltid fast förbundna med varandra. I dag är presumtionen snarast den motsatta. För att förstå kännetecknsrätten och dess föremål, kan dessa förhållanden i många fall vara ointressanta, men de blir betydelsefulla i en kännetecknsrätt som omfattar även *investeringar*, *egenvärde*, *urvattning* och inte minst *garanti*. Det blir ytterst det kommersiella ursprung som kännetecknet *refererar* till, vilket påverkas härav. Det är kännetecknshavarens investeringar som ligger i kännetecknet och hans egenvärde som kommer ifråga. Det är han som står som garant för varans kvalitetsegenskaper. När delar av verksamheten säljs, kan även kännetecknets egenvärde påverkas och leda till urvattning. Även om detta naturligtvis i förekommande fall är utförligt behandlat i överlåtelseavtal, finns det risker i form av förväxling mellan företagen, vilseledande om kommersiella ursprung m.m.

Det är uppenbart att kännetecknsrättens förväxlingslära har gått från ett krav på *faktisk förväxling* mot ett mer *immaterialiserat* krav på *ursprungsförväxling*. Redan vid 1900-talets mitt stod det klart att med *förväxlingsbarhet* inte avsågs ett krav på faktisk förväxling mellan kännetecken och vara, utan att bedömningen skulle göras på ett högre plan, där förväxlingsbarheten skall ta hänsyn närmast till risken för förväxling mellan *kommersiella ursprung*. Medan en faktisk förväxling mellan kännetecken och vara ger uttryck åt en strikt tillämpning av den semantiska principen om *mening* och *referens*, där kännetecknets *referens* avser *denotation* till alla *varor* som bär ett visst kännetecken, ger den förväxlingslära som följer av varumärkeslagstiftningen närmast en uppfattning om att kännetecknets *referens* måste lösgöras från den fysiska varan för att i stället sökas i det *kommersiella ursprunget*. För att åstadkomma ett kommersiellt ursprung eller att visa sambandet mellan kännetecknet och det kommersiella ursprunget, krävs i vissa fall att det hos omsättningskretsen skapas en *koppling* mellan kännetecknet och de varor som bär kännetecknet. Genom *inarbetning* skapas hos omsättningskretsen en *mening* om vad kännetecknet står för. Det är först på detta stadium, d.v.s. när kännetecknet har en viss *mening* som det blir relevant att tala om ett *kommersiellt samband*. Det *kommersiella sambandet*, som under senare tid tagit plats som ett relativt framträdande rekvisit i EG-domstolens praxis, framträder därför som en ganska komplicerad effekt av *referens*- och *meningsegenskaper*, samtidigt som det ytterligare så att säga *immaterialiserar* kännetecknsobjektet.

Utvecklingen kan illustreras av hur varumärken i ökade utsträckning har kommit att fungera som handelsvaror. Det gäller dels vid fusioner och företagsförvärv, dels i fråga om licensiering. Ett par exempel som berörts ovan (s. 81) är *Fords* förvärv av *Volvo Personvagnar* och de strategiska uppköpen inom livsmedelsbranschen där t.ex. det ursprungligen svenska *GB-Glace* i dag ägs av *Unilever* och *Marabou* som i dag ingår i *Philip-Morris*-koncernen (*Altria*). Ytterligare ett intressant exempel kan vara att *SVT* efter sju år valt att lägga ned TV-programmet *Expedition: Robinson*. Sändningsrätten i Sverige har därefter upplåtits till *TV3* som avser att sända programformatet producerat av samma produktionsföretag (*Strix*), som producerat det för *SVT*s räkning och som inne-

har varumärkesrätten. I det perspektivet kan man klart fråga vem programmets förvärvade *uppmärksamhetsvärde* skall anses tillkomma när det sänds i den reklamfinansierade TV-kanalen *TV3*.

Man kan således i dag inte, på samma sätt som tidigare, utgå ifrån att kännetecknets *referens* är bestående och att alla varor som bär samma varumärke har ett *gemensamt faktiskt* eller *kommersiellt ursprung*. När man nu talar om ett *kommersiellt samband* (jfr användningen av uttrycket *kommersiellt samband* i praxis ovan avd. 4.4), är det i många fall lösgjort från det faktiska ursprunget. *Levin* konstaterade redan vid mitten av 1990-talet att märkets primära funktion, sedd utifrån lagstiftarens synpunkt, någonstans fortfarande var ursprungsangivelsen; dock numera i princip endast att varor härrörde från ett visst, bestämt, eventuellt anonymt (kommersiellt) ursprung.[31] Men såg vi oss omkring, var det uppenbart att man kunde iaktta olika företeelser som naggade och hade naggat denna traditionella grundsyn på kännetecken i kanten. Det gällde inte minst varumärkets ursprungsangivelsefunktion. Det inleddes redan i de gällande lagarna, genom att lagstiftaren accepterade fri överlåtelse. Vem kunde, enligt *Levin*, för övrigt orientera sig inom marknaden med hjälp av allehanda fantasimärken och logos, om det handlade om att veta varans ursprung. Bara ibland sade kännetecknet något om vem som reellt sålde, vem som verkligen tillverkade o.s.v.[32]

Detta ger, inte minst på grund av ursprungsangivelsefunktionens såväl fundamentala betydelse inom kännetecknsrätten som dess förändrade fokus över tid, upphov till särskilda överväganden om *mening* och *referens*. Medan ursprungsangivelsefunktionen, i kännetecknsrättens första skede, var relativt lätt att fokusera på något som hade ett ursprung hos en viss näringsidkare, d.v.s. den näringsidkare som producerat de varor som han åsatt sitt kännetecken – ett fabriksmärke – har den utvecklats till att bli något väsentligt mer *immaterialiserat* och disparat, där den kan avse en rad olika företeelser. Kort sagt, kännetecken kan få skilda *referenser*. Medan kännetecknet *Volvo* således *refererar* till alla

[31] Levin i NIR 1994 s. 520. Levin hänvisade här till Tiili i NIR 1970 s. 241 f.
[32] Levin i NIR 1994 s. 520.

bilar av märket *Volvo*, har det traditionellt varit så att denna *referens* har haft ett och samma kommersiella ursprung. Så gäller inte i dag. Bilar av visst slag har numera *referens* till ett visst kommersiellt ursprung, medan bilar med samma kännetecken av annat slag, har ett annat kommersiellt ursprung. Det komplicerar innebörden av kännetecknets *referens*. *Referensen* är visserligen klar på det sättet, att den fortfarande avser alla varor som bär varukännetecknet *Volvo*, men *Volvo* avser nu två företeelser med ett ursprungligt kommersiellt ursprung som kommit att bli två skilda kommersiella ursprung. När *Ford* köpte *Volvo Personvagnar*, var det säkerligen huvudsakligen den *mening* som fanns i kännetecknet *Volvo* som förvärvades – en *mening* som byggts upp inte minst under 1980–90-talen. Den var först förknippad med lyx och sedan närmast med säkerhet. Hur som helst har *Volvo* i dag två kommersiella ursprung som har botten i en gemensam *mening*, men som på sikt kan antas komma att delas. Det visar tydligt på ursprungsangivelsefunktionens diversifiering. Detta är en företeelse som i dag endast står i sin linda och vars följder ännu knappast kan överblickas. Det ovan förda resonemanget förklarar också på sitt sätt det komplicerade förhållandet mellan varumärke och firma (jfr ovan avd. 1.3), eftersom firmans *referens* alltid står att finna i dess kommersiella ursprung, medan varukännetecknets *referens* i dag förefaller på ett annat sätt diversifierad.

7.2.2 Särskiljningsförmåga

Bedömningen av om ett tecken skall anses ha *särskiljningsförmåga* avser ytterst om det har *symbolegenskap* i vid bemärkelse (jfr ovan avd. 2.1 och 4.3) och kan avse såväl primär eller ursprunglig som förvärvad särskiljningsförmåga vid registrering som faktisk särskiljningsförmåga i en intrångssituation. Även om särskiljningsförmåga förutsätts vara en *solitär*, har det visat sig att den inte kan ses enbart för sig. Tecknet måste sättas in i ett vidare sammanhang och relateras till omsättningskretsens uppfattning om det, d.v.s. den *intersubjektiva mening* som omsättningskretsen tillmäter kännetecknet (jfr ovan avd. 3.3.3.1). Bedömningen blir beroende av omsättningskretsens kunskap och erfarenheter av vitt skilda slag. Vad som uppfattas som distinkt kan således antas variera även

mellan sådana faktorer som ålder, kön och nationalitet och anknyter på sätt och vis till *Wittgensteins* teorier om *språkspel* (jfr ovan s. 167). Det medför att bedömningen vid en intrångssituation eller eljest i fråga om särskiljningsförmåga efter inarbetning skiljer sig från den tekniska bedömningen av ett teckens särskiljningsförmåga – *symbolegenskap – per se*. När ett kännetecknet har fått verka inom marknaden, kan det ha förvärvat särskiljningsförmåga som inte framgår direkt av kännetecknet, utan som snarare gjort avtryck i omsättningskretsens *intersubjektiva* medvetande.

Särskiljningsförmåga är förvisso ett juridiskt-tekniskt begrepp som avser att avgränsa skyddade företeelser från oskyddade sådana. Att finna grund för definitionen av särskiljningsförmåga inom semantiken är i så fall helt riktigt. Det är också en utgångspunkt som i flertalet fall ligger närmast till hands för en registreringsmyndighet som inte har tillräcklig empirisk information eller eljest möjlighet att bilda sig en uppfattning om tecknet, annat än som sådant.

Holmqvist konstaterade, att enligt det s.k. registreringstänkande som åtminstone tidigare ansågs vara förhärskande vid PRV, de lämpligaste varumärkena var de som med minst tvekan kunde registreras, d.v.s. i synnerhet de absolut associationsfria. Denna bedömning tog enbart hänsyn till registrerbarheten, däremot mindre eller inte alls till varumärkets lämplighet ur konkurrensrättslig synpunkt. Framför allt var den uppfattningen grundad på en bedömning av registrerbarheten enbart från distinktivitetssynpunkt. Den innebar att de märken som hade den högsta inneboende distinktivitetsgraden, i synnerhet om den var absolut associationsfri, också ansågs vara de lämpligaste från användnings- och inarbetningssynpunkt. Detta var enligt *Holmqvist* emellertid knappast semantiskt välgrundat och stod i strid med vanligen tillämpade namngivningsprinciper.[33]

[33] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 56 f.; jfr VK som konstaterade att PRV inte hade någon möjlighet att undersöka om om det fanns någon särskild omständighet som gjorde att ett äldre registrerat märke hade anspråk på ett större skyddsomfång, t.ex. att märket var väl ansett (SOU 2001:26 s. 175 f.).

Vanligen finns det ett samband mellan *primärreferens* och *primärmening*. Som exempel kan tas ordet *tiger*, vars *primärreferens* är alla existerande tigrar. Varumärket *Tiger* är i dag registrerat av ett flertal rättighetshavare inom i stort sett samtliga varuslag och varor.[34] Att välja ordet *tiger* som kännetecken ger en *primärmening* åt varan i form av *tigeregenskaper*.[35] Bristande särskiljningsförmåga kan botas genom *inarbetning*. Gränsen för inarbetning går där ett kännetecken uppfattas som sådant hos omsättningskretsen. Tekniskt sett skapas då en koppling – *referens* – mellan märke och vara. Såsom konstateras ovan (s. 186) är inarbetning i realiteten ett relativt begrepp. Att ställa krav på kännedom inom t.ex. trettio procent av omsättningskretsen, kan inte innebära annat än en bevislättnad eller hjälpregel. Det följer ju också logiskt av att det i praktiken aldrig är möjligt att exakt avgränsa omsättningskretsen (jfr ovan 4.2 och 6.2). Genom inarbetningen tonas (enligt exemplet) *tigeregenskaperna* ned, varvid egenskaperna hos varan eller dess kommersiella ursprung i fråga successivt tar över.[36] Betydelsen av förvärvad särskiljningsförmåga blir därmed beroende av kännetecknets *deskriptivitet* och *genericitet*.

Ju mer *deskriptivt* eller *generiskt* kännetecknet är, desto *svagare* är dess *ursprungliga särskiljningsförmåga*. Ordet *klister* är rent *generiskt* för klister.[37] Dess ursprungliga eller primära *referens* är alla klister – tidigare, såväl som existerande och kommande. Använt som kännetecken för något annat än klister, kan det få *sekundär referens* för ett nytt varuslag. Som kännetecken har det initialt emellertid fortfarande kvar sin ursprungliga *mening* – klistrets alla egenskaper och associationer. Men, efter inarbetning för ett annat varuslag, kan det förvärva en ny *mening* – *secondary meaning* – vilken i fråga om styrka och kännetecknenskraft inte behöver skilja sig från andra kännetecken, men som, till skillnad från dem, begränsar kännetecknets särskiljningsförmåga i förhållande

[34] I dag finns hos PRV 35 olika registreringar för ordvarumärken i vilket ordet *Tiger* ingår. Av dem avser 21 uteslutande ordet *Tiger*, vissa av dem dock jämte symbol.

[35] Jfr Varumärkens särskiljningsförmåga s. 35.

[36] Jfr Holmqvist i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s. 287.

[37] Jfr op. cit. s. 282.

till varuslag. (Här bör kanske också åter pekas på hur uttrycket *secondary meaning* traditionellt använts i doktrinen, nämligen som förvärvad *betydelse* – stundom inklusive eller liktydigt med *referens* – oavsett om kännetecknet alls har haft någon *primärmening*; jfr ovan s. 148 f.).

Mer komplicerad blir frågan i förhållande till tecken med *universell konnotation* eller *denotation*. Till att börja med kan frågas om sådana över huvud taget finns? Kännetecknet *Allt* skulle kunna vara ett sådant. *Universum* borde vara ett annat. Dessa ord har ju ursprunglig *referens* och *mening* i allt som kan tänkas. Men det borde väl inte hindra att de genom inarbetning förvärvar särskiljningsförmåga för något visst? I doktrin och motiv, liksom i administrativ praxis har framförts ett antal argument för att sådana företeelser – många också med väsentligt mer specifik syftning – inte skulle kunna registreras som kännetecken, huvudsakligen på grund av ett grundläggande *frihållningsbehov.* Här kan erinras om exemplen *Kaliber*, *Prima*, *Extra* och *Lux* (jfr ovan s. 204).[38] Men finns det verkligen ett absolut frihållningsbehov för dem?[39] Vem som helst kan väl trots annans skydd för vilken vara som helst stå fri att förklara t.ex. vilken kaliber eller vilken grad av lyx en vara har. Likaså framstår det som relativt ogenomtänkt att *Ellos* kan utgöra ett absolut registreringshinder för postorderverksamhet för kläder på den grund att ordet *ellos* skulle kunna uppfattas som en generisk beteckning för herrkläder (jfr ovan s. 219). I Sverige har ju det liknande kännetecknet *Hennes* kunnat registreras för damkläder. I ett svenskt perspektiv, torde kännetecknet *Absolut* visa på att en sådan syn på ett generellt frihållningsbehov inte är förenlig med en modern uppfattning om särskiljningsförmåga. På liknande grunder kan den restriktiva inställningen till slagords registrerbarhet kritiseras. Att ensamrätt till slagord skulle innebära en monopolisering av språket är väl knappast hållbart, eftersom inget hindrar att språket används fritt av en var utanför ensamrättens gränser.

Kravet på *särskiljningsförmåga* som utgångspunkt för tilldelning av registreringsskydd är i dag i delar angivna av EG-domstolen i några av-

[38] Se Schlüter i MA 1967 s. 160 och ovan 4.3.

[39] Jfr Holmqvist i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s. 297.

göranden ur vilka det knappast kan dras några generella slutsatser. Någon nationell praxis har knappast heller kunnat visa på en enhetlig linje. Kanske ligger bristen i att bedömningen inte har gjorts utifrån kännetecknets *marknadsposition* eller *marknadspotential*, vari således inte tillräcklig vikt har lagts vid *meningsaspekterna*, utan att man i stället har grundat bedömningen huvudsakligen på rent semantiska – *statiska* – fakta.

7.2.2.1 Särprägel och särskiljningsförmåga i marknadsrätten

MD har i sina domskäl oftare använt uttrycket *särprägel* än *särskiljningsförmåga*. Enligt MD föreligger *särprägel* om produkten givits ett utseende som i *estetiskt hänseende skiljer* den från andra kännetecken. Att särprägel inte avser ett estetiskt eller konstnärligt syfte av det slag som skulle kunna åberopas som skyddsförutsättning inom upphovsrätten torde stå klart. Snarast förefaller det avse vad som antagits menas med *kommersiell särprägel*, d.v.s. ett kommersiellt särskiljande syfte.[40] Eftersom det i 8 § MFL uttryckligen talas om särpräglade produkter, är det naturligt att överväganden om särprägel förekommit främst i fråga om vilseledande efterbildningar.[41] Enligt *Pehrson* var det inte heller säkert att MD använde *särprägel* för att beteckna detsamma som i VmL avsågs med särskiljningsförmåga.[42] Enligt *Bernitz* skulle särprägel innefatta endast en funktionalitetsbedömning, medan bedömningen av särskiljningsförmåga skedde inom ramen för välkändhetskriteriet[43] och enligt *Holmqvist* var det i motiven satta likhetstecknet mellan begreppen särprägel och särskiljningsförmåga oriktigt. Särprägel var något annat och mer än särskiljningsförmåga. Särskiljningsförmåga var något som berodde på inarbetning, vilket medförde att t.ex. även sådant som

[40] Nordell i NIR 1998 s. 227.

[41] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 144 ff.

[42] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 194.

[43] Bernitz i Festskrift till Kurt Grönfors s. 62; Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 173; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 194 ff.

hörde till det allmänna formförrådet kunde inarbetas och förvärva särskiljningsförmåga.[44]

Den diskussion som har förts i doktrinen om skillnaden mellan *särprägel* och *särskiljningsförmåga* synes främst ha fokuserat på graden av *funktionell betingning* och har huvudsakligen varit relaterad till den principiella skillnad som kan illustreras av bestämmelsen i 5 § VmL, som rör varumärkesrättens omfång och registreringsförutsättningarna enligt 13 § VmL.[45] Eftersom denna uppdelning i modern varumärkesrätt tenderar att allt mer suddas ut, kan man nog ifrågasätta om det verkligen föreligger, eller bör föreligga, någon skillnad mellan kännetecknsrättens *särskiljningsförmåga* och det marknadsrättsliga kravet på *särprägel*. Även ett funktionellt betingat kännetecken kan ju anses sakna särskiljningsförmåga i juridiskt hänseende, även om det i praktiken kan fungera särskiljande inom omsättningskretsen. I praxis från MD under de senaste decennierna förefaller domstolen inte heller ha tillämpat någon klar och konsekvent terminologi härvidlag. Intressant är i stället närmast hur MD i ett antal avgöranden talat tillsammans eller ömsom om *särprägel* och *särskiljningsförmåga*.[46] Sammanfattningsvis kan det enligt min uppfattning inte heller tydligt utläsas ur MDs praxis att det skulle föreligga någon större begreppsmässig skillnad mellan marknadsrättens krav på *särprägel* och det kännetecknsrättsliga begreppet *särskiljningsförmåga*.

7.2.3 Förväxlingsbarhet

I förväxlingsbedömningen ställs kännetecken mot varandra. Det är fråga om en mycket komplicerad bedömning – i praktiken långt mer komplicerad än den av särskiljningsförmåga. Bedömningen kan avse antingen förväxlingsbarhet vid ett registreringsförfarande eller i en intrångs-

[44] Holmqvist i NIR 1987 s. 45.
[45] Jfr op. cit. s. 48.
[46] Se om domstolens terminologianvändning Marknadsrättens goodwillskydd s. 144 f.; jfr Nordell i NIR 1998 s. 226 f.

bedömning. När det gäller registreringspraxis, faller det sig ganska naturligt att granskningen vilar på faktiska omständigheter i fråga om äldre registreringar, prioritet och varuslagsförteckningar och förväxlingsbarhetsbedömningen i fråga om ordmärken företas med hjälp av ADB.[47] I praktiken fungerar kännetecken emellertid som regel på ett helt annat sätt inom marknaden. I ett marknadsrelaterat och faktiskt konkurrensperspektiv, måste det därför finnas en, i vart fall tänkt, överensstämmelse mellan det kännetecknsrättsliga kravet på förväxlingsbarhet och en utesluten risk för faktisk förväxling.[48]

Enligt *Koktvedgaard* skilde sig den kännetecknsrättsliga förväxlingsbedömningen från upphovsrättens likhetsbedömning genom att man i förväxlingsbedömningen skulle ta med moment som låg utanför själva kännetecknet, nämligen frågan om varornas och förbrukarnas beskaffenhet, kännetecknets inarbetning o.s.v. Detta beaktande av *bakgrundsmoment* visade på en klar skillnad mellan upphovsrätten och kännetecknsrätten och hade naturligtvis sin förklaring i kännetecknets konkurrenspräglade symbolfunktion.[49] Genom att definiera det som *Koktvedgaard* uttryckte som *bakgrundsmoment* som en del av kännetecknets *mening*, kan de bli en del av kännetecknsrättens skyddsobjekt.

I anslutning till det ovan (s. 277 f. och s. 385) berörda *BiC*-avgörandet[50] har ifrågasatts om tyngdpunkten verkligen skall läggas vid ordlikheten på det sätt som kom till uttryck i domskälen. Borde man inte närmare ha fördjupat sig i faktum att *BiC* är ett synnerligen starkt inarbetat kännetecken? I *BiC*-avgörandet bortsåg domstolen helt ifrån de båda kännetecknens ställning inom marknaden. Här kan konstateras att domstolen hade haft möjlighet att beakta hur de skilda verksamheterna utvecklats inom respektive marknader – hur de *segmenterats*. Trots att de båda företagen utvecklats åt skilda håll, ansågs kännetecknen förväx-

[47] Jfr Karlgren/Brodda, Trade-Mark Similarity Check by Computer.

[48] Jfr Kobbernagel som konstaterade att eftersom märkets föremål var att differentiera, d.v.s. att åtskilja den ene näringsidkarens produkt eller verksamhet från andras, måste kännetecknsrättens regler utformas så att förväxling i möjligaste mån undviks (Kobbernagel II s. 205; jfr s. 244).

[49] Immaterialretspositioner s. 175.

[50] NJA 1979 s. 121 (BiC).

lingsbara. En sådan förväxling torde dock vara utesluten på grund av kännetecknens skilda *image* i fråga om företagskultur, målgrupper m.m. Det gäller i det fallet inte bara i fråga om faktisk förväxling, utan även förväxling i vidare bemärkelse. Utan att närmare betänka de faktiska skillnader som kan finnas mellan en administrativ och en judiciell prövning, angav HD – sannolikt med erfarenheter av äldre judiciell praxis, där det varit brukligt att inhämta yttranden från PRV – att judiciell praxis skulle avgöras med beaktande av administrativ praxis. Enligt min uppfattning kan det dock i dag inte bara anses vanskligt, utan även rent missvisande, att i ett konkret intrångsavgörande söka vägledning i administrativ praxis, annat än till de frågor som rör själva ordlikheten. Av allt att döma var båda kännetecknen (*Bi* / *BiC*) inarbetade. Emellertid synes *Bi* ha varit inarbetat huvudsakligen endast för strumpor. Faktum att *BiC* var ett särdeles speciellt kännetecken, som vunnit framgång inom marknaden för sina engångspennor, engångscigarettändare, och engångsrakhyvlar och därför blivit synnerligen uppmärksammat för sina framgångar på nya marknader på ett sådant sätt att det måste ha etsats sig in i var mans medvetande – medvetet eller undermedvetet – kom aldrig på tal i domskälen. I stället fokuserade domstolen sina skäl på en *statisk* bedömning av varuslag och ordlikhet, vilken resulterade i något som i modern belysning förefaller som en verklighetsfrämmande förväxlingsbedömning, där de båda kännetecknen slutgiltigt ansågs förväxlingsbara. Min uppfattning är att det aldrig förekommit vare sig förväxlingsrisk eller i övrigt risk för urvattning, eftersom de under lång tid kunnat *positionera* sig inom marknaden på ett sådant sätt att ingen inom omsättningskretsen skulle komma på tanken att förväxla strumpor av det ena märket med det andra. Det ligger därmed nära till hands att ställa frågan om målet, i belysning av den senare utvecklingen inom EG-rätten borde ha avgjorts annorlunda i dag. Det öppnar för en diskussion om det nationella varumärkets skyddsomfång. Med det ovan (s. 279 f.) berörda s.k. *Jägarbrännvin*-avgörandet[51] som utgångspunkt, bör man enligt min mening på goda grunder kunna ställa frågan hur långt varumär-

[51] NJA 2003 s. 163 (Jägarbrännvin).

kesrätten bör få sträcka sig. Att någon i den berörda omsättningskretsen skulle kunna förväxla *Jägarbrännvin* med *Jägermeister* är uteslutet. Ett skäl för det är att varan beställs över disk. Att omsättningskretsen är särskilt insatt, följer av såväl doktrinuttalanden som allmänna marknadsförutsättningar (jfr ovan avd.4.4.1.2 och 6.3). Här finns väl knappast heller någon risk för urvattning eller degeneration av kännetecknet *Jägermeister*. HD synes således i betydande mån vidmakthålla en uppfattning om kännetecknesförväxling som bygger på 1958 års motiv till 1960 års VmL.

Som ovan (s. 255 ff.) konstateras, är det i förväxlingsbedömningen inte tillfyllest att se endast till kännetecknens likhet. I stället skall en helhetsbedömning av en rad samverkande faktorer företas. Även sådant som inte är förväxlingsbart i normalt språkligt hänseende, kan alltså vara det i kännetecknesrättsligt hänseende. Förväxlingsbedömningen blir således ytterst en komplicerad sammanvägning av en rad subjektiva intryck och erfarenheter. Dessa erfarenheter bidrar till att ge kännetecknet *mening*. Ytterst är det således den *intersubjektiva meningen* hos ett kännetecken som avgör om det är förväxlingsbart med ett annat sådant. *Meningsegenskapernas* inverkan på bedömningen tydliggörs i traditionell förväxlingspraxis kanske främst genom principen att s.k. motstående varuslag, t.ex. färg och färgborttagningsmedel, anses förväxlingsbara (se s. 283). Detsamma gäller i fråga om kännetecknenslikhet att ord på skilda språk kan vara förväxlingsbara (se ovan s. 280 f.). Omsättningskretsens *association* till en vara och dess egenskaper, d.v.s. något som har att göra med kännetecknets *mening*, kan – i vissa fall bör – därför också vägas in i bedömningen av kännetecknets *referens*, liksom förutsättningar vid marknadsföring och kundmedvetenhet (jfr ovan s. 252). Det är en utveckling som ses tydligt i EG-domstolens praxis i fråga om förväxlingsbarhet. Detta präglar delvis också utvecklingen i nationell praxis och blir av särskilt intresse i relation till utvecklingen inom MDs praxis, varom mera strax nedan.

Idag råder *trängsel* i varumärkesregistren, både i Sverige och utomlands.[52] Det gäller främst i fråga om kännetecken med *primärmening*.

[52] Jfr Immaterialretspositioner s. 208; Knoph s. 432 f. och Heiding s. 77 f.

Den inom svensk kännetecknsrätt tillämpade materiella förprövningen av relativa registreringshinder, har kanske därför lett till utvecklingen av en försiktig registreringspraxis, eftersom okunskapen om hur det sökta kännetecknet skall stå sig gentemot existerande varumärken oftast inte framgår annat än i att det söks för samma eller liknande varuslag. Detta har medfört att registreringspraxis i Sverige kommit att bli relativt – kanske alltför – sträng. Denna praxis kan ha fört med sig att många kännetecken inte har ansetts kunna registreras på grund av påstådd förväxlingsbarhet, men praxis har i vart fall till synes fört med sig det meddelbart goda för varumärkeshavarna att antalet kollisioner – intrångsfall – kommit att bli begränsat. Registreringsskyddet har således givit såväl styrka som säkerhet. Teoretiskt sett måste det finnas en relation mellan registrering och intrång. Ju strängare registreringsmyndigheten är i sin förväxlingspraxis, desto mindre blir risken för uppkomsten av intrångssituationer, d.v.s. förväxlingsfall inom marknaden. Det begränsade antalet nationella intrångsavgöranden skulle därmed vara ett tecken på att registreringsmyndigheten har tilllämpat antingen marknadsmässigt balanserade eller alltför stränga krav på förväxlingsbarhet. VK konstaterade också att PRVs officialprövning ända in på 1990-talet hade givit en förhållandevis säker garanti för att det sökta märket inte skulle komma att inkräkta på äldre registrerade ensamrätter.[53]

Den teoretiska relationen mellan registrering och intrång förklarar också förhållandet mellan kännetecknsbrist och marknadsträngsel. Ju fler kännetecken som tillåts samexistera, desto mindre måste ju skyddsomfånget kring dem bli.[54] Med en generösare förväxlingsbedömning skulle i och för sig bristen på, så att säga, *bra* kännetecken minska, men samtidigt ökar risken för kollisioner. Effekterna av gemenskapsvarumärket medför på skilda sätt också ökad trängsel i.o.m. att omfång och utnyttjandemöjligheter begränsas, eftersom förväxlingsbarhet skall prövas, inte nationellt, utan för hela den europeiska marknaden. Ett illustrativt exempel på det är att *Ellos* inte ansetts kunna registreras på grund

[53] SOU 2001:26 s. 163.
[54] Jfr Immaterialretspositioner s. 209.

av att det skulle kunna uppfattas som deskriptivt för kläder i Spanien (jfr ovan s. 219).[55] Samtidigt skall kännetecknsrätten sträva efter att vara marknadseffektiv – att skapa balans mellan ensamrätt och frihållning (jfr nedan s. 567 ff.). Skyddet måste därför även av tekniska skäl ges en adekvat skyddszon. Många näringsidkare kan då använda sig av samma eller liknande kännetecken så länge de inte står i ett nära konkurrensförhållande.[56]

Det är uppenbart att det under senare tid skett en förändring i verkan eller kraften av en registrerad kännetecknsrätt. En av huvudambitionerna med 1960 års VmL var att den som hade ett registrerat varumärke, skulle kunna styrka sin varumärkesrätt redan med sitt registreringsbevis och att annan utredning om rättens existens i princip skulle vara överflödig. Registrering tillskapade *ipso jure* en objektsposition – en *referens* (jfr ovan s. 175 f.). Den kunde sedan befästas och stärkas genom en eller flera intrångsprocesser, vilka gav ett *de facto*-skyddsobjekt. De enda hoten mot registreringsskyddet var utebliven förnyelse av registrering, bristande användning och degeneration. Varumärkesregistret skulle därvid kunna tjäna till ledning när en näringsidkare vid val av nytt märke ville förvissa sig om att han inte inkräktade på annans rätt, vilket i sin tur krävde att ensamrätten var noga preciserad med avseende på föremål, omfattning och tiden för dess uppkomst.[57] Det under lång tid begränsade antalet intrångsavgöranden inom varumärkesområdet kan vara ett indicium för att ambitionerna också – kanske i alltför hög grad – har kunnat upprätthållas. I och med att trängseln på varumärkesområdet ökar, delvis som en effekt av gemenskapsvarumärket, ställs, som ovan konstateras, ett krav på ett mer *dynamiskt* skydd. Båda dessa faktorer – *trängsel* och *dynamik* – medför en större osäkerhet om skyddets existens och gränser. Det medför att registreringsbeviset tenderar att i allt större utsträckning uppfattas mer som en *skyddspresumtion* än som ett bevis på faktiskt innehav av en ensamrätt, vilket samtidigt påverkar *referensens* innebörd.

---

[55] Mål T-219/00 (Ellos).

[56] Jfr Koktvedgaard/Levin, Lärobok i immaterialrätt, 2 uppl. s. 296 f.

[57] SOU 2001:26; s. 162; jfr SOU 1958:10 s. 59 f. och 116 f. samt prop. 1960:167 s. 126 f.

7.2.3.1 Förväxlingsbedömningen inom marknadsrätten

Såsom konstateras ovan (s. 339) skiljer man inom varumärkesrätten mellan *förväxlingsbarhet* och *vilseledande*.[58] Inom marknadsrätten omfattas dessa båda figurer av den övergripande otillbörlighetsgrunden *vilseledande*, vilken sedan kan avse olika företeelser. Att det inom kännetecknsrätten görs en så skarp åtskillnad mellan *förväxlingsbarhet o*ch *vilseledande*, medan *vilseledande* fått en så mycket vidare och generell innebörd och tillämpning inom marknadsföringslagstiftningen, torde ha sin förklaring i att den svenska kännetecknens- och marknadsrätten har kommit att gå skilda vägar.[59] Medan kännetecknsrättens förväxlingslära med utgångspunkt i 6 § första stycket VmL tillhandahåller en *elastisk* bedömning enligt den s.k. *produktregeln*, där märkeslikhet och varuslag ställs mot varandra (se ovan s. 266) och således det *kommersiella ursprunget*, ställs i fokus, bevarar MD i sin bedömning av *förväxlingsrisk* ett krav på att någon faktisk förväxling hos konsumenterna inte skall kunna ske mellan fysiska varor.[60] I denna bedömning riktar domstolen således ingen som helst tanke åt marknadsföringens kommersiella *meningsinnehåll.* Intressant i detta sammanhang är hur svensk varumärkesdoktrin tenderar att överge den traditionellt kännetecknsrättsliga termen *förväxlingsbarhet* till förmån för *förväxlingsrisk*, eftersom den bättre anses svara mot den terminologi som följer av den harmoniserade varumärkesrätten och EG-domstolens praxis.[61] MD har dock en annan syn på *referensgemenskap* än vad som gäller enligt kännetecknsrätten, eftersom MD fortfarande ställer krav på risk för faktisk förväxling mellan två varor.

MDs förhållningssätt i fråga om det strikta kravet på risk för faktisk förväxling vid efterbildning och vilseledande om ett kommersiellt ursprung kan uppfattas som föråldrat och därtill betänkligt, inte minst i ljuset av den praxis som MD utvecklat inom ramen för *renommésnylt-*

[58] Se härtill även Lothigius, Vilseledande varumärken s. 10.
[59] Se Marknadsrättens goodwillskydd s. 127 och Nordell i NIR 1998 s. 207 ff.
[60] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 129.
[61] Se framförallt Varumärkeskonflikter; jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 132.

ning, där sådan kan vara förhanden i fråga om företeelser av vitt skilda slag. Ett talande exempel kan vara att marknadsföring av potatischips kan snylta på ett icke-kommersiellt TV-program.[62] I den bedömningen intar således såväl *referens*- som *meningsaspekter* en markerad roll i domstolens värdering av åtgärdens otillbörlighet. En skillnad mellan marknadsrätt och kännetecknsrätt blir sammanfattningsvis att den svenska marknadsföringslagstiftningen inte förefaller ha någon motsvarighet till kännetecknsrättens s.k. *produktregel*[63] (6 § första stycket VmL) och det utökade skyddet för väl ansedda kännetecken i 6 § andra stycket VmL. Tvärtom framgår det ganska tydligt av MDs praxis att en *efterbildning* inte kan vara vilseledande när fråga är om olika varuslag och bedömningen av varuslag är snäv. Å andra sidan synes möjligheterna till förbud mot *renommésnyltning* näst intill gränslösa. Eftersom marknadsrättens fokus i fråga om renommésnyltning i dag i betydande omfattning synes ligga i ett *uppmärksamhetsvärde* hos konsumenterna, vilket antas ha sin yttersta grund i marknadsföringens *meningsskapande* aspekter, ger marknadsrättens skydd mot *renommésnyltning* ett vidare skydd för främst *mening*, men även *referens* än vad som gäller inom kännetecknsrätten, medan dess skydd för vilseledande om ett *kommersiellt ursprung* med tydligare bäring på *referens* än *mening* – särskilt vad gäller vilseledande efterbildningar och i fråga om jämförande reklam – är snävare.

7.2.4 Förhållandet mellan särskiljningsförmåga, förväxlingsbarhet och inarbetning

Ovan påpekas att det föreligger ett samband mellan särskiljningsförmåga och förväxlingsbarhet. Sambandet kommer till uttryck i faktum att det i den kännetecknsrättsliga förväxlingsbedömningen kan tas hänsyn endast till kännetecknens särskiljande moment. Om tecknet som helhet saknar särskiljningsförmåga, kan det ju inte skyddas och kan därför

[62] MD 1999:21 (Robinson).

[63] SOU 1958:10 s. 250; Varumärken från konsumentsynpunkt s. 207 ff. och 282 ff.; Immaterialretspositioner s. 209 ff.; Immaterialrätt s. 209; Koktvedgaard / Levin s. 298.

över huvud taget inte vara föremål för en rättsligt relevant förväxling. Om ett kännetecken är komponerat av flera element, av vilka några har särskiljningsförmåga medan andra är beskrivande eller funktionsbetingade, kan kännetecknenshavaren göra anspråk endast på de distinktiva delarna av kännetecknet. I realiteten är det dock, såsom konstateras ovan, inte alltid möjligt att dra en skarp gräns mellan distinktiva och icke distinktiva delar. Gränsen blir ofta glidande, dels eftersom vissa delar är mer distinktiva än andra, dels eftersom delar kan vara större eller mindre. Detta konkretiseras för ordkännetecknens del genom att enskilda bokstäver helt, och stavelser helt eller delvis, saknar särskiljningsförmåga.[64]

Det komplicerade förhållandet mellan särskiljningsförmåga och förväxlingsbarhet har att göra främst med att bedömningen påverkas av kännetecknens kännedomsgrad – inarbetning.[65] Det är självklart att ju mer känt kännetecknet är, desto lättare känns det igen – desto större är *kännetecknenskraften*. Inarbetade kännetecken blir därför i praktiken svårare att *de facto* förväxla, eftersom minnesbilden av sådana kännetecken blir klarare än för mindre inarbetade kännetecken.[66] Uppfattningen att förväxlingsrisken bör vara mindre i fråga om inarbetade och väl ansedda kännetecken har också stöd i doktrinen. Enligt *Stuevold Lassen* kunde stark inarbetning vara ägnad till att reducera förväxlingsrisken: ”FREIA og FRØYA ligger hverandre svært nær, men nettopp FRElAs sterke innarbeidelse vil gjøre det lettere for publikum å holde dem ut fra hverandre – man har helt klare forestillinger om hvordan det ’riktige’ merket ser ut. I et slikt tilfelle vil forvekslingsfaren være liten – iallfall den visuelle.”[67] Därav följer att det *de facto* måste vara svårare att förväxla mycket starkt inarbetade kännetecken, d.v.s. kännetecken med *förvärvad* stark särskiljningsförmåga, än kännetecken med svag sådan. Det har sin förklaring i att de förra har förvärvat en *mening* som

[64] Kobbernagel II s. 217.
[65] Jfr op. cit. s. 244.
[66] Se loc. cit.; jfr Varumärkeskonflikter s. 34.
[67] Oversikt s. 273; jfr Varumärken från konsumentsynpunkt s. 222 och Varumärkeskonflikter s. 35.

gör att endast obetydlig förändringar av kännetecknet påkallar omsättningskretsens uppmärksamhet.

Förhållandet har också uppmärksammats och behandlats utförligt av *Wessman* som konstaterade att det rått delade meningar om principen om känneteckenskraft skulle framläggas som en empirisk erfarenhetssats eller som en normativ rättssats (se härom ovan s. 377 f.): ”Omständigheten att det äldre märket har stark särskiljningsförmåga, exempelvis då märket är känt på marknaden, kan innebära att köparen enklare upptäcker skillnader i ett närliggande märke. En genomsnittlig köpare uppmärksammar kanske att *Coco-Cola* inte är detsamma som *Coca-Cola*, just för att han så väl känner till det äldre märket. Han kanske också antar att likheten beror på att det yngre märket söker snylta på det äldre och att varorna därför kommer från olika företag; ett företag snyltar ju inte på sig självt. Från denna synpunkt ter det sig som om risken för förväxling minskar i takt med det äldre märkets styrka. Som redan framhållits talar emellertid både varumärkesrättens ändamål och dess systematik för att märken med stark särskiljningsförmåga bör erhålla ett starkare – inte svagare – skydd.”[68]

Eftersom inarbetade kännetecken i större utsträckning än andra är utsatta för angrepp, har i EG-domstolens praxis också antagits, att kännetecken som har hög särskiljningsförmåga, antingen i sig eller på grund av att de är kända inom marknaden, åtnjuter ett mera omfattande skydd än varukännetecken med svagare särskiljningsförmåga.[69] Detta har dock uttryckts så, att *förväxlingsrisken* anses större när det äldre kännetecknet är känt inom marknaden.[70] I *Lloyd*-avgörandet betonades att ju högre särskiljningsförmåga som kännetecknet hade, desto större var förväxlingsrisken. Enligt den principen skulle risken för förväxling vara större när det äldre kännetecknet har en stark särskiljningsförmåga, an-

---

[68] Varumärkeskonflikter s. 193.

[69] Se mål C-39/97 (Canon) p. 18 och mål C-342/97 (Lloyd) p. 20.

[70] Enligt Wessman indikerade detta konstlade förhållande mellan abstrakt rättsfaktum (förväxlingsrisk) och konkret rättsfaktum (särskiljningsförmåga) att frågan om förväxlingsrisk var en rättsfråga och inte en sakfråga. När kriteriet förväxlingsrisk på så vis tilldelades en särskild rättslig betydelse som skilde sig från ordets innebörd i vanligt språkbruk, fick frågan om förväxlingsrisk en mycket speciell rättslig karaktär (Varumärkeskonflikter s. 193).

tingen på grund av att det är originellt i förhållande till de ifrågavarande varorna eller till följd av att det använts inom marknaden i stor utsträckning. Detta, till synes paradoxala,[71] förhållande kan förklaras av att man måste skilja mellan *faktisk* eller *empirisk* förväxlingsrisk å ena sidan och det juridiska förväxlingsbarhetsbegreppet å den andra. Det är klart att risken för faktisk förväxling som regel borde minska med kännetecknets styrka. En annan sak är att skyddsomfånget kring starka kännetecken bör vara vidare än för svaga sådana. Enligt *Stuevold Lassen* hade graden av särskiljningsförmåga hos ett kännetecken stor betydelse för bedömningen av kännetecknenslikhet. Ett särpräglat tecken måste ges större skyddsomfång (*likhetssfære*) än ett mindre särpräglat sådant. Det var det som man först och främst tänkte på när man talade om *starka* och *svaga kännetecken*.[72] Det som kan ifrågasättas är således inte EG-domstolens skäl i sak, utan dess användningen av begreppet *förväxling*. Det är ju uppenbart att den faktiska förväxlingsrisken hos omsättningskretsen minskar med varumärkets inarbetningsgrad. Däremot ökar kännetecknets anspråk på skyddsomfång med kännetecknets anseende, vilket medför att förväxlingsbedömningen måste anpassas till dessa anspråk för att kännetecknet på ett effektivt sätt skall kunna skyddas mot angrepp i form av t.ex. renommésnyltning och urvattning.

Enligt *Wessman* torde det utvidgade skyddet enligt 6 § andra stycket VmL ha varit av betydelse i ett systematiskt perspektiv. Förhållandet att ett märke med en stark ställning åtnjuter ett skydd som sträcker sig utanför gränserna för varuslagslikhet tydde på att ett känt kännetecken förtjänade ett vidare och inte ett snävare skyddsomfång.[73] Det nya anseendeskyddet har också bidragit till en *elastisk* eller *dynamisk* syn på *inarbetning*, där inarbetningsgraden påverkar skyddsförtjäntheten och skyddsomfånget. Det leder i sig till ett antagande inte bara att inarbetningsgraden skiljer sig mellan en bedömning om tillräcklig inarbetning för att bota bristande särskiljningsförmåga vid registrering, utan även om en inarbetningsbedömning vid intrång. Medan det i det förra fallet

[71] Jfr Varumärkeskonflikter s. 188.
[72] Oversikt s. 272.
[73] Varumärkeskonflikter s. 35.

är tillräckligt att visa på *viss* inarbetning, krävs ju fullbordad inarbetning för att ett varukänneteckensskydd skall ha förvärvats. Inarbetningsbedömningen vid registrering framstår därmed som ett mer komplicerat samspel mellan särskiljningsförmåga och inarbetningsgrad än som kanske har varit föremål för belysning i den nationella juridiska doktrinen.[74] Inom det nya anseendeskyddet borde det således inte finnas någon skarp gräns mellan huvudregeln i 6 § första stycket och undantagsbestämmelsen i 6 § andra stycket VmL. Bestämmelsen bör tvärt om ses som en helhet med en glidande skala från ett snävt skydd för visst eller vissa varuslag – t.o.m. kanske bara någon eller några varor – för kännetecken med svag särskiljningsförmåga och låg inarbetningsgrad, till notoriskt kända och välrenommerade premiumkännetecken som således bör tillerkännas ett skydd inom samtliga varuslag.[75] Det förklarar äldre doktrinuttalanden om att *Kodakskyddet* skulle vara närmast av konkurrensrättslig natur. Det gäller inte minst i ljuset av den europeiska förväxlingsläran, som explicit skall beakta *association* och faktum att skyddet för väl ansedda kännetecken också gäller inom varuslagsområdet. En sådan kännetecknsrätt närmar sig onekligen den svenska marknadsrättens grundförutsättningar, där kännetecknets roll i den specifika marknadsföringsåtgärden tillsammans med andra faktorer tillmäts betydelse för om en åtgärd skall anses otillbörlig. I det perspektivet ter sig bedömningen inom marknadsrätten – i vart fall i fråga om renommésnyltning – som väl i linje med den utveckling som sker inom europeisk kännetecknsrätt, eftersom man på goda grunder kan resonera utifrån ett *friare* och mer *dynamiskt* kännetecknsobjekt. Beaktansvärt är i det sammanhanget HDs ställningstagande i NJA 1998 s. 179 (Netscape), där även det sätt på vilket kännetecknet presenterats synes ha spelat roll för domstolens bedömning (jfr ovan s. 404). Å andra sidan framstår ju MDs så att säga *statiska* begränsning i fråga om risk för faktisk förväxling vid produktefterbildning enligt 8 § MFL (jfr ovan s. 441 och s. 543) närmast som en anomali.

[74] Jfr dock Holmqvist i Vennebog til Mogens Koktvedgaard s. 279 ff.

[75] Jfr Kobbernagel som talade om en ”den elastiske Kodakregel” (Kobbernagel II s. 201).

7.2.5 Administrativ och judiciell bedömning – förväxling av mening eller referens

När det ovan har redogjorts för praxis inom kännetecknsrättens område, har ett antagande varit att det måste föreligga en skillnad mellan registreringspraxis och judiciell praxis.[76] Eftersom registrering ofta meddelas för kännetecken som ännu inte varit i bruk, kan man inte begära att registreringsmyndigheten skall kunna mäta eller bedöma märkets användbarhet inom marknaden, dess popularitet hos omsättningskretsen och liknande faktorer. Inte heller om det sökta märket har varit i bruk, kan man kräva att registreringsmyndigheten skall kunna ta ställning till skilda sakomständigheter såsom inarbetningsgrad och marknadsfunktion, eftersom den normalt inte har tillgång till fullständiga uppgifter om kännetecknens praktiska användning inom marknaden.[77] Beslutet måste ofta fattas på ett i många fall knapphändigt underlag. Vad som prövas blir i stället huvudsakligen kännetecknets objektivt bedömda särskiljningsförmåga med ledning av de semantiska och semiotiska faktorer som lagens registreringsförutsättningar grundas på och förväxlingsbarhet gentemot andra kännetecken liksom inte minst myndighetens egen praxis.[78] *Holmqvist* konstaterade också att den administrativa granskningen var ytterst formell, för att inte säga principiell, eftersom dess resultat enbart berodde av hur sökanden utformade sin ansökan. Granskningen bestod i en bedömning av det sökta märkets relation till en förteckning över varor som sällan var utformad med hänsyn till varumärkets verkliga eller avsedda användning. Hela granskningsförfarandet utspelades på ett teoretiskt och principiellt plan, ofta utan hänsynstagande till i vilken form eller för vilka varuslag som märket faktiskt användes, eller var avsett att användas inom marknaden.[79]

---

[76] Jfr Wessman, som konstaterar att det är möjligt att ett och samma varumärkesrättsliga begrepp kan används på olika sätt i administrativa regiseringsärenden och i intrångsmål (Varumärkeskonflikter s. 20).

[77] Jfr Immaterialretspositioner s. 178.

[78] Holmqvist i NIR 1975 s. 271.

[79] Varumärkens särskiljningsförmåga s. 85; jfr Stuevold Lassen, som påpekade att det fick konstateras ”at kataloger over likeartede vare- eller tjenesteslag bør tillegges svært betinget verdi ved

Enligt *Wessman* var registreringsärenden normalt av en mer abstrakt och avskalad karaktär än intrångsmål, ”som ligger närmare en verklig konflikt på marknaden. De grundläggande reglerna och principerna för den rättsliga bedömningen är emellertid desamma. Ibland kan ett registreringsmål, i vilket parterna aktivt argumenterar för sin sak och härtill framlägger omfattande bevisning, påminna mycket om en intrångsprocess inför allmän domstol.”[80]

Den kännetecknensrättsliga förväxlingsläran bygger i hög grad på att man står inför två kolliderande kännetecken som båda är i bruk. Det är också lagens utgångspunkt. Enligt *Knoph* skulle förväxlingsbarheten bestämmas på samma sätt vid registrering som vid ett intrång. Det fanns dock en skillnad i att medan ”registreringsmyndigheten må bygge på hypotetisk grunnlag, og tenke sig hvordan merkene vil arte sig i livet, står domstolen gunstigere til, fordi den skal bedømme en bruk som faktisk har funnet sted. Den som mener at merkeretten er krenket, behøver da ikke nøie sig med å peke på forvekslingsmuligheten, men vil ofte kunne støtte sin påstand ved å dokumentere tilfelle hvor forveksling *faktisk har funnet sted*.”[81]

När det gäller intrångsbedömningen är situationen väsentligen annorlunda än vid registreringsbedömningen. Kännetecknets *mening* är i betydande grad av marknadsrelaterad karaktär, eftersom den har att göra huvudsakligen med det innehåll som kännetecknet förvärvat genom inarbetning. Enligt *Heiding* skulle en domstol ofta ha bättre möjligheter att bedöma förväxlingsbarheten än en registreringsmyndighet. Medan registreringsmyndigheten kunde utgå endast ifrån antaganden, kunde *faktiska* förväxlingssituationer och uppgifter om hur de båda kännetecknen verkligen hade använts eller uppfattats av omsättningskretsen åbe-

---

forvexelbarhetsvurderingen, selv om det opplyses at de forutsetter en ’påtagelig’ kjennetegnslikhet, ’middels’ kennetegnslikhet e.l. Selv om man forutsetter identiske kjenntegn, må en slik katalog møtes med skepsis. Endringer i omsetningslivets struktur, varemerkens større eller mindre særpreg og den grad av innarbeidelse som foreligger, kan innebære at en konkret vurdering må gi et annet resultat enn katalogens” (Oversikt s. 274); jfr Immaterialretspositioner s. 211.

[80] Varumärkeskonflikter s. 326.

[81] Åndsretten s. 457.

ropas som bevisning till grund för domstolens ställningstaganden. Emellertid kunde *faktiska förväxlingar* bero på andra omständigheter, än faktisk *förväxlingsbarhet*.[82] För det fall båda kännetecknen varit i bruk inom marknaden, har omsättningskretsen gjort en rad medvetna eller omedvetna ställningstaganden där kännetecknen kommit att färgas av varor, försäljningsmetoder, marknadsföring, servicegrad, garantiåtaganden och annat. Dessa faktorer spelar en väsentlig roll i praktiken i det dagliga livet. De bidrar till omsättningskretsens *intersubjektiva* uppfattning om kännetecknens *mening* – inklusive förväxlingsbarhet. Om det t.ex. skall avgöras om varukännetecken skall kunna anses förväxlingsbara eller inte, måste vissa egenskaper hos de båda kännetecknen jämföras, vilka har att göra med annat än ren känneteckens- och varuslagslikhet. Det är nödvändigt att jämföra även kännetecknens skilda *meningar* inom en existerande marknad. Kraven för förväxlingsbarhet bör därför kunna ställas såväl *lägre* som *högre* än vad som gäller vid en administrativ intrångsbedömning och avse andra aspekter än rent semantiska i en situation där båda kännetecknen använts.

I en intrångssituation, där båda kännetecknen har funnits länge inom marknaden, måste en mer nyanserad bedömning företas än om det ena kännetecknet är nytt och oprövat, något som kan illustreras av det ovan (s. 277 f.) berörda *BiC*-avgörandet.[83] *Bi* hade funnits länge inom marknaden som kännetecken för strumpor. *BiC* hade också funnits länge inom marknaden och gjort sig notoriskt känt för sina engångsartiklar av skilda slag: pennor, cigarrettändare och rakhyvlar. Därigenom hade båda företagens kännetecken, genom att företagen hade verkat inom marknaden under lång tid, hos omsättningskretsen förvärvat helt skilda *meningar*. Trots den faktiska ord eller ljudlikheten, gav kännetecknen således uppenbart helt olika association hos omsättningskretsen. Att bortse ifrån detta faktum, på det sätt som domstolen gjorde, torde inte stå i rimlig överensstämmelse med en modern förväxlingslära. Därmed framträder skillnaden mellan registreringspraxis å den ena sidan, där

[82] Heiding s. 86.
[83] NJA 1979 s. 121 (BiC).

som regel det sökta märket står oprövat inom marknaden, och intrångsbedömningen å den andra, där båda kännetecknen ofta har vunnit *mening* genom inarbetning. Endast i de fall där kännetecknens således förvärvade *meningar* sammanfaller bör kännetecknen anses förväxlingsbara. Det kan kanske antas att Varumärkesdirektivets krav på associationsskydd (jfr ovan avd. 4.4.6) kommer att förändra praxis inom detta område på sikt även nationellt.

Lagen ger i sig inte någon vägledning för hur bedömningen av förväxlingsbarhet skall företas. I avsaknad av uttryckliga regler för hur förväxlingsbedömningen sålunda skall företas, har en omfattande administrativ praxis utvecklats.[84] Någon rikligare nationell praxis på det judiciella området finns däremot ännu inte. Av den magra judiciella rättspraxis som finns inom området, kan emellertid utläsas att domstolarna i väsentlig grad använder *samma metoder* som den administrativa myndigheten, och även i övrigt låter sig påverka av den långt mer rikhaltiga administrativa praxis som finns inom området. En omständighet som är värd att uppmärksamma, är att det, särskilt i äldre judiciell praxis, varit vanligt att HD begärt in yttranden i förväxlingsfrågan från PRV. Med hänsyn till vad som ovan sägs om de skilda förutsättningarna mellan förväxlingsbarhet före och efter användning, kan en sådant ordning uppfattas som vansklig. Ett talande exempel härpå kan vara det s.k. *Adam och Eva*-avgörandet.[85] Det gällde förväxlingsbarhet mellan å ena sidan varumärket *Adam* och firman *Adam, Harry Lönnquist* och å den andra varumärket *Adam och Eva* och firman *Aktiebolaget Adam och Eva* (bolaget). Fråga var om förväxlingsbarhet mellan firmor för beklädnadsbutiker i Stockholm.

> RRn, vars dom fastställdes av HovRn, uttalade att trots det förhållande, att de båda företagen, enligt vad utredningen givit vid handen, hade i viss mån samma varusortering och kundkrets, måste emellertid – språkligt sett och med beaktande av den begreppsmässiga skillnaden mellan ordet *Adam* och sammanställningen *Adam och Eva* – bolagets firma och varukännetecken

[84] Varumärken från konsumentsynpunkt s. 207 ff.
[85] NJA 1961 s. 590 (Adam och Eva).

> anses i sådan grad skilja sig från *Lönnquists* firma och varumärke att förväxlingsbar likhet dem emellan inte förelåg. HD konstaterade däremot att när bolaget började sin rörelse, var varumärkena i bruk sedan lång tid tillbaka. Företagen bedrev båda detaljhandel inom beklädnadsbranschen i Stockholms centrum. Oavsett att *Lönnquist* nästan enbart sålde herrkläder, medan bolaget hade både herr- och damavdelning, samt att bolagets försäljning väsentligen var inriktad på en ungdomlig kundkrets, ansågs bolagets firma och varukännetecken förete sådan likhet med *Lönnquists* firma och varumärke att förväxling kunnat uppkomma.

I det av HD inkallade utförliga utlåtandet från PRV[86] togs först upp frågan om bolaget gjort sig skyldigt till intrång i rätten till varumärket *Adam*. Bolaget hade anhållit om registrering såsom varumärke av orden *Adam och Eva* (alternativt *Adam & Eva*). Det begärda skyddet avsåg, jämte andra varor, även varuslagen textilier, konfektionsartiklar och sportartiklar. I ett föreläggande år 1959 hade PRV riktat åtskilliga anmärkningar mot ansökan. Såsom registreringshinder åberopades därvid bland annat det registrerade märket *Adam*.

> PRV anförde i sitt utlåtande att Ämbetsverkets åtgärd att anföra märket *Adam* såsom hinder mot ansökan enligt PRV stod i full överensstämmelse med sedan länge tillämpad fast praxis av innebörd, att ett tidigare registrerat varumärke inte fick i sin helhet intas i märke som annan därefter sökte registrera. Denna praxis hade berörts och även rekommenderats för framtiden i den då nyligen genomförda reformen av känneteckensrätten. PRV hänvisade till SOU 1958:10 där det uttalades att ord, som inte bestod av annat än en karakteristisk del av ett äldre märke, borde anses förväxlingsbart med detta. Detsamma borde gälla ord som innehöll hela det äldre märket jämte något tillägg.[87] Uttalandet i betänkandet, som inte mötte någon gensaga vid remissbehandlingen, syntes enligt PRV ha vunnit departementschefens anslutning i den proposition som legat till grund för 1960 års VmL. Redan användningen såsom varukännetecken för kläder av olika slag av hela beteckningen *Adam och Eva* i enhetligt utförande torde enligt PRV objektivt sett vara intrång i rätten till märket. Vad angick konflikten på det rent firmarätts-

[86] Utlåtandet var undertecknat av v. Zweigbergk, Uggla, Berglund och Carlman.
[87] SOU 1958:10 s. 253.

liga planet framhölls, att varumärkesrättens krav på varuslagslikhet inte uttryckligen hade någon motsvarighet inom firmarätten. Ursprungligen syntes man ha tänkt sig, att rätten till en firma skulle vara absolut och således inte begränsad av något däremot svarande krav. I rättspraxis hade dock en dylik begränsning skett[88] och det ansågs i allmänhet antaget att begränsningen fann sitt uttryck i ett krav på branschlikhet. En sådan likhet gav en något mer vidsträckt ram, inom vilken förväxlingsbarhet var för handen, än den som följde av varumärkesrättens varuslagslikhetskrav. Det konstaterades vidare att bolaget lagt ned mycken möda för att styrka, att verksamheten avsett endast ungdomskläder och att till följd härav bransch- eller varuslagslikhet inte borde anses föreligga. Även om bolaget hade förmått styrka att verksamheten varit på sådant sätt begränsad – vilket dock inte ansågs ha lyckats – var bolagets ståndpunkt med avseende på de rättsliga konsekvenserna därav enligt ämbetsverkets åsikt inte hållbara. Vid en kännetecknesrättslig bedömning måste enligt PRV nämligen i stort sett alla kläder anses vara inbördes liknande varuslag. I utlåtandet konstaterades att i praxis även skodon ansetts likartade med andra kläder. När det således torde vara klart att såväl branschlikhet som varuslagslikhet ansetts föreligga, återstod att undersöka, om de motstående firmorna var så lika, att de borde anses förväxlingsbara. Härvid skulle jämförelsen göras mellan firmadominanterna *Adam* samt *Adam och Eva*, medan namnet *Harry L* i den förra firman och ordet *Aktiebolaget* i den senare kunde lämnas åsido. Vid likhetsbedömningen inom firmarätten hade i rättspraxis förekommit vissa fall som tydde på att man ansett en något större likhet kunna accepteras än inom varumärkesrätten.[89] Någon klar motsvarighet till den varumärkesrättsliga bedömningsnormen, enligt vilken äldre märke inte tilläts ingå i annans yngre märke, kunde inte heller sägas ha generell giltighet inom firmarätten. En något mildare bedömning för firmarättens del syntes också kunna vara berättigad, men det gällde normalt dock endast när de motstående firmorna var uppbyggda av deskriptiva ord eller av släktnamn, till vilka vederbörande innehavare var för sig var berättigade. När det som i detta fall, där firmadominanterna utgjordes av godtyckligt valda ord med kännetecknesrättslig särprägel, ansågs det dock önskvärt att, så långt det gick, låta bedömningen inom firmarätten utfalla på samma sätt som vid den varumärkesrättsliga

[88] Här hänvisades till NJA 1944 s. 298 (Törsleffco).

[89] Här hänvisades till NJA 1946 s. 651 (Kerma-Carma) och NJA 1949 s. 368 (S:s).

> prövningen. Med åberopande av *Eberstein*[90] ansågs utvecklingen alltmer ha kommit att närma firma till ordmärke, varvid dessa kännetecknens funktioner ansågs invävda i varandra. Utredningen i målet erbjöd enligt PRV exempel på fall, där det var svårt att säga med bestämdhet, om orden *Adam och Eva* brukades som varumärke eller som firma. Det skulle då också påtagligen vara mindre tillfredsställande att förbjuda bolaget att använda orden *Adam och Eva* som varukännetecken men samtidigt medge att samma ord begagnades som firmadominant. I det praktiska livet torde enligt PRV även förväxlingsfaran vara i stort densamma, vare sig användningen skedde som varumärke eller firma. PRV fann därför övervägande skäl tala för att förväxlingsbarhet mellan parternas firmor borde anses föreligga.

I anslutning till avgörandet, och särskilt PRVs responsum, kan till att börja med anmärkas att utlåtandet kom först efter HovRns dom. Även om det på intet sätt framgår om och i vilken utsträckning HD tagit intryck av utlåtandet, är det hur som helst beaktansvärt att HD med en påtagligt kortfattad motivering var av annan uppfattning i sak än underinstanserna. Om man sedan analyserar utlåtandet, ges däri en synnerligen tekniskt präglad bedömning av varuslags- och branschlikhet respektive varukänneteckens- och firmalikhet. I utlåtandet företas inte något fördjupat resonemang om förutsättningarna i den aktuella marknadssituationen, något som förvisso inte heller gärna kan begäras av PRV. I utlåtandet närmar man sig en viktig omständighet, nämligen karaktären hos de skilda företagen och deras näringsutövning. Det konstaterades att bolaget lagt ned möda på att styrka att verksamheten avsett endast *ungdomskläder* och att till följd härav bransch- eller varuslagslikhet inte borde anses föreligga. Men detta avfärdas snart med att även om bolaget hade förmått styrka att verksamheten varit begränsad till ungdomskläder, var bolagets ståndpunkt, med avseende på de rättsliga konsekvenserna därav, enligt ämbetsverkets åsikt inte hållbara.

Enligt mitt antagande, torde de faktiska förutsättningarna för förväxling mellan kännetecknen i *Adam och Eva*-avgörandet vara lika liten som i *BiC*- och *Jägarbrännvin*-avgörandena. Förmodligen torde vem

[90] NIR 1952 s. 16 ff.

som helst som besökt de skilda butikerna, varom fråga var i *Adam och Eva*-avgörandet, omedelbart kunna inse att de inte fanns något kommersiellt samband dem emellan. En parallell existens hade säkert heller inte kunnat medföra risk för urvattning.[91]

Ovan (avd. 4.4.1) konstateras att förväxlingsbedömningen skall avse inte bara en bedömning av likheten mellan kännetecknen och varuslagen, utan också av en mängd andra faktorer, där inte samma måttstock skall användas för alla kännetecken, utan att bedömningen skall differentieras efter varans art, omsättningskretsens sammansättning och egenskaper m.m. I den administrativa bedömningen bör man således ta hänsyn till märkenas *antagliga* skydd och hur märken upplevs i den dagliga varuomsättningen. I den judiciella bedömningen blir detta antagande närmast ett *faktum*. Eftersom båda kännetecken då som regel samexisterat inom marknaden, bör en mer *konkurrensrättsligt färgad* bedömning göras av hur dessa kännetecken *faktiskt upplevs* av omsättningskretsen, något som registreringsmyndigheten sällan har förutsättning att göra. I den judiciella bedömningen kan också finnas anledning att ta ställning till mer specifika fakta, såsom hur kännetecknet ifråga varit anbragt på den aktuella varan, hur det förekommit i marknadsföring och vilka marknadsföringskanaler som använts.[92] Traditionellt har i stället domstolen ofta företagit en så att säga *statisk* bedömning av kännetteckens- och varuslagslikhet. Det kan således ifrågasättas om, såsom anförts i motiven, administrativ och judiciell praxis skall följa varandra.[93] Ett sådant ifrågasättande stöds kanske också av *Koktvegaard*:

> ”Det er ganske vist klart, at spørsmålet om motiv-likhed er meget vanskeligt at håntere for registreringsmyndighederne. Men deraf følger ikke, at domstolens praxis skal tåle samme begrænsninger, idet domstolene jo har den betydelige fordel, at de får forelagt varemærkesagerne i deres reale substrat, det vil sige med oplysning om den praktiske benyttelse i forretnings-

[91] Jfr Stuevold Lassens uttalande att ändamålet med bedömningen skall vara att få svar på om kännetecknen kunde antas bli förväxlade inom omsättningskretsen (Oversikt s. 272).

[92] Jfr HDs motiv i det ovan (s. 404) berörda s.k. *Netscape*-avgörandet, där färgsättning m.m. synes ha påverkat bedömningen (NJA 1998 s. 179 (Netscape)).

[93] SOU 1958:10 s. 252.

> livet. Når dette er tilfældet, er der god grund til at foretage en bedømmelse med inddragelse af alle forhold, der kan være af betydning for mærkernes benyttelse, herunder altså også motiv-ligheder, der forretningsmæssigt kan være langt mere betydningsfulde og belastende end ligheder i fx bogstaveringen. Varemærkeretten er en praktisk retsdisciplin, der bør holdes tæt på det virkelige liv. Ellers er den uden enhver interesse. Den har ikke – således som tilfældet er med ophavsretten – dybere lag med ideelle anstrøg. Læren om at varemærkeretten kun beskytter mærkets konkrete udformning, ikke dets "ide", er i øvrigt i sig selv suspekt og vildledende, al den stund man aldrig vil kunne sammenligne to meningsbærende varemærker uden at opfatte meningen (ideen). Meningsbærende varemærker, det vil sige varemærker, der har et motiv, et forestillingsbillede, har derfor altid "motivbeskyttelse", og det reelle spørgsmål er herefter, hvor bred denne bør være. At der her skal udvises en vis tilbageholdenhed siger vel sig selv, idet beskyttelsen ellers vil flyde ud over alle grænser til almindelig skade for erhvervslivet og forbrugerne. Men det er altså ikke et spørgsmål om enten/eller, blot om en praktisk grænsedragning, hvor også spørgsmålet om indarbejdelsens styrke og mærkets bekendthedskvalitet bør tages med i betragtning."[94]

Uttalandet härrör visserligen från en diskussion om förutsättningarna för ett *motivskydd* inom förväxlingsläran och som sådant diskuterat före tillkomsten av Varumärkesdirektivet, men det bör enligt min uppfattning ändå kunna ges generell bärkraft för hur en förväxlingsbedömning bör företas. Till saken hör nämligen att alla inarbetningsfakta på ett eller annat sätt ger åt kännetecknet ett *motiv*, d.v.s. att en *idé* eller *mening* förmedlas om kännetecknets kvalitativa innehåll. En relevant fråga som således kan ställas, är vari skillnaden i praktiken ligger mellan ett *motiv* och omsättningskretsens *intersubjektiva* uppfattning om kännetecknets *mening*.

I och för sig kan en alltför kasuistisk bedömning i många fall vara betänklig, dels eftersom skyddet skall vara så omfattande att det kan omfatta även utvidgning till nya varuslag och andra än tillämpade marknadsföringsmetoder, dels eftersom HD skall ge vägledning i tolkning av

[94] Koktvedgaard i TfR 1987 s. 318 f.

gällande rätt, men trots det torde i många fall ändå kännetecken i det enskilda fallet kunna förväxlas endast under vissa förutsättningar, något som i högre grad borde komma till uttryck i judiciell praxis. Det gäller med tanke på såväl den trängsel som i dag råder inom kännetecknsområdet som en allmänt sett förändrad uppfattning om vad kännetecken står för och deras roll och funktion inom marknaden (jfr nedan avd. 7.4.1). När faktorer, såsom distributionssätt, ändamål, gemensam användning och prisnivå beaktas i förväxlingsbedömningen, är det uppenbart att det är fråga om skilda aspekter av *mening*.

7.3 Den tredje hypotesen

Den *tredje hypotesen* är att *olika aspekter av skydd för kännetecknens referens och mening kommit att (på till synes ganska oklara grunder) regleras på skilda sätt enligt svensk rätt*. Här ger den historiska kartan landmärken som förflyttats över tid. IKLs ursprungliga funktion som uppsamlingsplats – *slasktratt* – för vissa skyddsvärda företeelser samt dess successiva avveckling, har skapat avtryck i senare lagstiftning, ömsom som regelrätta objektsskydd och ömsom som skydd mot illojal konkurrens – marknadsrätt. Vissa företeelser ser ut att kunna skyddas såväl inom kännetecknsrätten som inom marknadsrätten. Vilken är *de facto* skillnaden mellan ett skydd mot förväxlingsbarhet inom kännetecknsrätten och ett skydd mot vilseledande kännetecknsanvändning inom marknadsföringslagstiftningen (jfr ovan avd. 6.2)? Frågan ställs kanske ytterst på sin spets när det gäller geografiska ord, vilka på skilda och överlappande sätt skyddas såväl enligt varukännetecknsrättens i 13 § första stycket och 14 § första stycket 2 VmL som enligt den särskilda lagstiftningen genom EG-förordningen om geografiska ursprungsbeteckningar och allmänna och speciella bestämmelser om vilseledande marknadsföring.[95] Också ett skydd mot renommésnyltning på geografiska ursprungsbeteckningar ges på sätt och vis såväl inom kännetteck-

[95] Jfr Nitter i Ånd og rett s. 767 ff.

ensrätten som inom marknadsföringslagstiftningen. Även om det skydd som ges genom marknadsrätten i flera avseenden skiljer sig väsentligt från kännetecknsrättens, visar enligt min uppfattning den tillämpning av *mening* och *referens* som skyddsobjekt, vilken företagits inom marknadsföringsrätten ovan i kapitel 6 att marknadsrätten i stor utsträckning kan uppfattas inte bara som ett komplement till kännetecknsrätten, utan att den i realiteten i dag verkar som en väsentlig komponent i det kännetecknsrättsliga systemet. I det perspektivet är det en väsentlig fråga om den rättstekniska uppdelningen mellan de båda systemen som svensk rätt tillhandahåller i dag är ändamålsenlig och effektiv.

Holmqvist talade om inarbetningsskyddet för kännetecken som en *konkurrensrättslig* kännetecknsrätt. Enligt *Holmqvist* var innebörden i stort sett att sammanhanget mellan varumärkesrätt och konkurrensrätt kom att återspeglas i lagstiftningen och ge liv åt teorin att varumärkesrätten är en del av det vidare begreppet konkurrensrätt.[96] *Wessman* har på liknande sätt talat om 6 § andra stycket VmL som en konkurrensrättslig reglering.[97] *Wessman* har också konstaterat att även om HD hade antytt att bestämmelsen i 6 § andra stycket VmL kunde vara tillämplig även i fråga om varuslagslikhet,[98] fick rättsläget härvid betraktas som oklart intill dess att EG-domstolen hade avgjort frågan. Genom frågan, som rörde en eventuell begränsning av anseendeskyddet, uppmärksammades förhållandet till nationell lagstiftning om otillbörlig konkurrens. I ett svenskt perspektiv innebar det att förhållandet mellan MFL och Varumärkesdirektivet kunde komma att lyftas fram i ljuset. Om EG-domstolen skulle finna att anseendeskyddet inte avsåg situationer med identiska eller liknande varor, kunde ifrågasättas om det var förenligt med direktivet att upprätthålla ett sådant skydd genom MFL. Även frågan om förhållandet mellan nationella regler mot otillbörlig konkurrens och Varumärkesdirektivet fick anses som oklar intill dess att EG-domstolen

[96] Holmqvist i NIR 1975 s. 266.
[97] Wessman i NIR 1993 s. 204.
[98] Wessman hänvisade här till NJA 1995 s. 635 (Galliano I).

uttalat sig.[99] Sedermera har ju EG-domstolen i *Davidoff*-[100] och *Adidas*-avgörandena[101] också slagit fast att skyddet för väl ansedda kännetecken skall vara tillämpligt även i fråga om varuslagslikhet, något som väl får uppfattas som ett kännetecknsrättens ytterligare närmande till marknadsrätten. Intressant i sammanhanget är därtill hur EG-domstolen på ett helt annat sätt än svenska domstolar, känner sig fri att i avgöranden om tolkning av marknadsrättsliga harmoniseringsdirektiv referera till grundsatser som slagits fast i avgöranden om tolkning av Varumärkesdirektivet. Här kan erinras om motiven i ägg-avgörandet,[102] där domstolen i fråga om bestämningen av den tänkte reklammottagaren hänvisade till en rad varumärkesrättsliga och andra avgöranden.[103] I *Toshiba*-avgörandet[104] uttalade domstolen sig också på ett sätt som närmast leder in i kännetecknsrätten, när den konstaterade att den konkurrerande leverantörens varumärke och dennes produkters särart kunde presenteras på ett sådant sätt att någon förväxling eller sammanblandning inte var möjlig, vare sig mellan nämnda tillverkare och den konkurrerande leverantören eller mellan deras respektive produkter (p. 58). Ett tydligt tecken är således att EG-domstolen inte gör samma distinktion mellan varumärkesrätt och marknadsrätt som svenska nationella domstolar, utan i stället på ett friare sätt bedömer ett sakförhållande utifrån gällande EG-rätt. En princip i direktivet om jämförande reklam får inte stå i strid med grundförutsättningarna i Varumärkesdirektivet.

Enligt *Stuevold Lassen* var varukänneteckensrätten i grund och botten en lagstiftning som reglerade *lojalitet i marknadsföringen* och även om den inte var utformad – och inte borde vara utformad – med samma smidighet som marknadsföringslagen, var det viktigt att tolkningen och användningen av den inte frös fast i banor som var utvecklade på basis

[99] Varumärkeskonflikter s. 53 f.
[100] Mål C-292/00 (Davidoff).
[101] Mål C-408/01 (Adidas).
[102] Mål C-210/96 (Gut Springenheide och Tusky); jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 148.
[103] Mål C-362/88 (GB-INNO-BM), mål C-238/89 (Pall) mål C-126/91, (Yves Rocher), mål C-315/92 (Verband Sozialer Wettbewerb), mål C-456/93 (Langguth) och mål C-470/93 (Mars) (se Mål C-210/96 (Gut Springenheide och Tusky p. 30)).
[104] Mål C-112/99 (Toshiba).

av tidigare epokers strukturer. Samtidigt fick man inte låta sig bländas av det nya ljuset. Det var inte så att ett slags jordskalv hade vänt upp och ned på själva grunden i den verklighet som varumärkesrätten skulle reglera. För det allra flesta varumärken var deras faktiska och rättsliga situation inte påverkad av den nya utvecklingen, och knappast heller skulle den bli det – i vart fall inte på något avgörande sätt.[105] I vissa hänseenden förefaller emellertid den betydelsefullaste utvecklingen i svensk kännetecknspraxis i dag ske inom marknadsföringsrätten. Det gäller främst frågan om gränserna för rätten att åberopa annans kännetecken, där MD i ett flertal principiellt intressanta avgöranden från senare tid[106] har konstaterat att ett utnyttjande av det *uppmärksamhetsvärde* hos *omsättningskretsen*, som kan finnas i ett kännetecken, kan utgöra *renommésnyltning*.[107] Medan otillbörlighetsgrunden *vilseledande om kommersiellt ursprung*, liksom kännetecknsrättens förväxlingslära, snarast har bäring på *referens*, har otillbörlighetsgrunden *renommésnyltning* bäring främst på *mening*. Det förklarar varför förväxlingsrisk inte är en nödvändig förutsättning för renommésnyltning. En förklaring till att utvecklingen på detta sätt synes föras från kännetecknsrätten till marknadsföringsrätten torde vara inte minst att marknadsföringsrätten tillhandahåller mer *dynamiska* och *marknadsanpassade* bedömnningskriterier- och grunder. MD behöver ju inte på samma sätt som registreringsmyndigheterna och de allmänna domstolarna pröva objektsrelaterade rekvisit. Eftersom *mening* inte nödvändigtvis på ett konkret sätt i dag behöver befästas i kännetecknens objekt av traditionellt kännetecknsrättsligt slag, utan på ett friare sätt kan vara nedlagda i *företagskultur*, *företagsidentitet* och *image*, synes marknadsföringsrättens mer *dynamiska* bedömning tillskapa ett så att säga friare ”skyddsobjekt” med grund i en vidare kommersiell kontext.[108]

---

[105] Oversikt s. 7.

[106] Se främst MD 1999:21 (Robinson), MD 2000:25 (Hästens I), MD 2001:21 (Guldäggstävlingen) och MD 2001:26 (Falu Rödfärg); jfr härtill även MD 2002:10 (Hygglo). Se härom ovan avd. 6.10.

[107] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 22 ff.

[108] Se op. cit. s. 107.

De ursprungligen i IKL införda relativt outvecklade bestämmelserna om kännetecken har sedermera på olika sätt överförts till 1960-års varumärkeslag och 1967 års firmalag respektive marknadsföringslagstiftningens möjligheter till skydd mot renommésnyltning, vilseledande kännetecknsanvändning och skydd mot vilseledande utstyrslar. Det på många sätt kännetecknsrättsligt präglade titelskyddet överfördes också till 50 § URL (jfr ovan avd. 4.4.4). Dessa har sedan kommit att utveckla och precisera kännetecknsrätten. I en sådan belysning framstår det gällande svenska skyddet för kännetecken delvis som disparat och inte helt väl övervägt, eftersom i praktiken enahanda skydd för kännetecknets *referens* ock *mening* kan ges såväl inom kännetecknsrätten som marknadsrätten. Skillnaden mellan kännetecknsrättens objektsskydd och skyddet mot otillbörlig kännetecknsanvändning inom marknadsrätten blir vid en närmare analys i många fall närmast av tekniskt slag. Eftersom marknadsrätten principiellt inte är ett objektskydd, utan tar utgångspunkt i en åtgärd som är otillbörlig, skall det ytterst inte finnas något krav på att det som skall skyddas inom marknadsrätten skall uppfylla kraven på *referens* i teknisk bemärkelse (jfr ovan s. 519). Teoretiskt sett skulle man inom marknadsrätten således kunna hävda att det skydd som ges avser enbart *mening*. Men i praktiken förutsätter meningen ändå en *referens* av något slag. Ett otillbörligt vilseledande av annans kommersiella ursprung innebär ett *de facto*-vilseledande om kännetecknets *referens*. Såväl inom kännetecknsrätten som inom marknadsföringslagstiftningen, skall vid förväxlingsbarhetsbedömningen respektive bedömningen av vilseledande kännetecknsanvändning en helhetsbedömning företas. Medan det emellertid inom kännetecknsrätten är fråga om en bedömning av vissa, särskilt angivna, mer preciserade rekvisit, vilka alla har att göra med antingen åberopade omständigheter för ett sökt kännetecken eller åberopade fakta vid en intrångsbedömning, där vissa konkreta kännetecknsfakta måste grundas på inarbetning, är det tydligt hur gränserna mellan förväxlingsbarhet och vilseledande suddas ut inom marknadsföringslagstiftningen, men så länge det är fråga om ett *kommersiellt ursprung*, måste det, liksom inom kännetecknsrätten ha ett *kommersiellt samband* och således avse ett *referensförhållande*. Också renommésnyltning förutsätter ett *referensförhållan-*

de mellan vad som *snyltas* på och den snyltande åtgärden. Skillnaden mellan kännetecknsrätten och marknadsrätten synes således vara i det närmaste av tekniskt slag, nämligen att objektet för *referens* och *mening* inom marknadsrätten inte behöver vara av samma väl definierade slag som kännetecknsrätten förutsätter. Man kan här tala om faktisk och rättslig *symbolfunktion*. Det är ju nämligen uppenbart att många av de i kännetecknsrätten, främst av konkurrenshänsyn, undantagna objekten mycket väl kan fungera som kännetecken inom marknaden. Så gör t.ex. många färger och former, liksom produkt- och förpackningslayout.

Även om lagstiftaren i motiven till marknadsföringslagstiftningen förklarat att MDs uppgift inte skulle vara att ta ställning till kännetecknsrättsliga frågor,[109] är det i många fall det som MD har kommit att göra och därtill enligt min uppfattning med ökande tydlighet (jfr ovan avd. 6.10).[110] Många exempel skulle kunna anges på den *de facto*-uppluckring som kan ses mellan kännetecknsrättens förväxlingslära och marknadsrättens skydd mot renommésnyltning, vilseledande efterbildning och kännetecknsanvändning. Jag vill här ge några sådana exempel.

Det första exemplet gäller det ovan s. 337 f. berörda *Vi Båtägare*-avgörandet[111] där *Vi Båtägare* inte ansågs medföra förväxling med *Vi Bilägare* (båda för tidskrifter) och avgörandets likhet med de av MD ovan (s. 464 f.) refererade avgörandena angående *Weekendpressen*[112] och *Race & Cruising Segling med Surfing*.[113] På samma sätt kan det varumärkesrättsliga registreringsavgörande där firman *The Swedish Radio & Television Corporation Aktiebolag* för ett privat underhållningsföretag vägrades registrering, eftersom den ju lätt kan uppfattas som en *Sveriges Radios* parallellfirma,[114] jämföras med det ovan (s. 456) berörda liknande *SparKronan*-avgörandet,[115] där användningen av firmadomi-

[109] Prop. 1970:57 s. 89 f.
[110] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 147 ff.
[111] RÅ 1977 Ab 215 (Vi Båtägare).
[112] MD 1983:18 (Weekendpressen).
[113] MD 1984:17 (Race & Cruising).
[114] RÅ 1963 not H 42 (The Swedish Radio & Television Corporation Aktiebolag).
[115] MD 1976:18 (SparKronan).

nanten *SparKronan* förbjöds, eftersom den oriktigt ansågs ägnad att ge sken av att företaget i sin fastighetsförmedlingsrörelse hade anknytning till en sparbank.

Ett inledande antagande har varit att den bedömning som skett enligt marknadsrätten, i större utsträckning än inom kännetecknensrätten, tar sikte på kännetecknets *mening*. En skillnad mellan kännetecknensrätt och marknadsföringsrätt ligger i att man inom marknadsföringsrätten kan åberopa även kringfakta, såsom typsnitt, färgsättning layout m.m., vilka – tillika med ordkännetecknet ifråga – genom marknadsföring av produkten kan ha fått kommersiellt särpräglande funktioner. Sådana har hittills som regel, inte kunnat få adekvat skydd enligt kännetecknensrätten.[116] Frågan är dock i vad mån dessa kringuppgifter avser *referens* eller *mening*. Förmodligen ger de ändå ytterst närmast uttryck för *referens*. Eftersom undersökningen avgränsas till ordkännetecken i vid bemärkelse, kvarstår frågan om likheten mellan orddelarna i de här exemplifierade marknadsrättsliga avgörandena var av avgörande vikt för bedömningen. I den del där bedömningen avsåg likheten mellan orddelarna i bedömningsunderlagen, var det väl ändå en mer eller mindre traditionell kännetecknensrättslig likhetsbedömning som gjordes. När man, såsom nu är påbjudet enligt Varumärkesdirektivet, i själva förväxlingsbedömningen skall lägga in även en associationsrisk, vilken ju, såsom ovan konstaterats, (jfr avd. 4.4.6) närmast tar sikte på *meningsfakta*, närmar sig den varukännetecknensrättsliga förväxlingsbedömningen och den marknadsföringsrättsliga varandra.

Ett *andra exempel* är det ovan (s. 403) berörda *Mazda*-avgörandet,[117] vilket kan jämföras med de marknadsrättsliga *Pre-Glandin*- och *Armani*-avgörandena (ovan s. 474 ff.).[118] Det finns avsevärda likheter mellan dem. I samtliga fall kan åtgärden uppfattas som användning i näringsverksamhet av annans varukännetecken för sina egna varor (jfr 4 § första stycket VmL). Det gäller på grund av att det var varukännetecknet

[116] Jfr det ovan (s. 353 f.) berörda avgörandet från HovRn över Skåne och Blekinge dom den 19 november 1937 (SvJT 1940 ref. 5) (Ramlösa).
[117] Uppsala TR dom den 11 dec. 1980 (Mazda).
[118] MD 1987:10 (Pre-Glandin) och MD 1987:11 (Armani).

och de egenskaper som låg däri, vilka ställdes i centrum för jämförelsen. Här framträder naturligtvis också *goodwillaspekten* tydligt. På det sättet skiljer sig *Pre-Glandin*- och *Armani*-avgörandena från flertalet övriga äldre avgöranden om jämförande reklam som gällt direkta jämförelser, vilka i stället huvudsakligen avsett en jämförelse mellan mer specifika egenskaper eller priset hos de jämförda varorna. I vart fall, när det gällde jämförelse av priser, är det tydligt att man inte primärt velat åberopa konkurrentens kännetecken, utan att man haft ett visst marginellt lägre pris.[119]

Ett *tredje exempel* kan vara att jämföra det varukänneteckensrättsliga *Friskis&Svettis*-avgörandet[120] med det marknadsrättsliga *Hygglo*-avgörandet.[121] Trots väsentliga skillnader, kanske främst förhållandet att det var fråga om skilda varuslag i *Friskis&Svettis*-avgörandet, finns det påfallande likheter. I båda fallen var det uppenbart fråga om *associationsrisk*. Då är det kanske lika anmärkningsvärt att *Friskis&Svettis* inte ansågs förväxlingsbart med *Bakis o. Skakis* som att majoriteten i *Hygglo*-avgörandet uppfattade att det fanns en risk för association mellan *Hygglo* och *Igloo*.[122]

Även om MD, i enlighet med motiven till 1970 års lag om otillbörlig marknadsföring,[123] uttryckligen uttalat att den inte skall företa en kännetecknsrättslig bedömning,[124] kan det klart ifrågasättas om det i många fall inte är just det som görs. Även om MD gör en väsentligt friare bedömning än vad en allmän domstol i ett varumärkesintrångsfall skulle göra, tar ju domstolen ställning till såväl *särprägel* / *särskiljningsförmåga* och *inarbetning* / *kännedom* som *förväxlingsrisk* / *förväxlingsbarhet* (jfr ovan avd. 6.10).[125] Genom inarbetningen får originalföremålet, på samma sätt som ett varumärke, en *secondary meaning*

---

[119] Se t.ex. MD 1975:18 (Scandinavian Touring), MD 1975:27 (Vingresor) och MD 1977:13 (BP).
[120] NJA 1992 s. 633 (Friskis & Svettis).
[121] MD 2002:10 (Hygglo).
[122] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 131.
[123] Se prop. 1970:57 s. 90.
[124] Se MD 1988:12 (CEH 10) och MD 1988:13 (Alkalion); jfr Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 172.
[125] Jfr Nordell i NIR 1998 s. 227.

som skapar en koppling – *association* – mellan kännetecken och dess kommersiella ursprung, d.v.s. *referens*. Det förvärvar *särskiljningsförmåga.* Inarbetningen ger ett egenvärde – *mening* – och det är det som är åtråvärt för tredje man att utnyttja. Det kan därmed ifrågasättas om MD verkligen så påtagligt ”undviker att gå in i bedömningar av immaterialrättslig karaktär.”[126] En annan sak är att MD inte bör förbjuda ett förfarande enbart på den grund att det utgör varumärkesintrång.[127]

Sammanfattningsvis står det således klart att förklaringen till den gällande uppdelningen mellan det skydd som ges enligt kännetecknensrätten och det skydd som tillhandahålls enligt marknadsrätten i betydande omfattning står att finna i den successiva avvecklingen av IKL. Vissa delar av dess skyddsområde fördes över till det immaterialrättsliga objektsskyddet medan andra övertogs av den ursprungligen konsumenträttsligt färgade marknadsrätten. I och med att marknadsrättens konsumentsskyddsaspekter – i vart fall relativt sett – avtagit till förmån för ett ökat fokus på lagens funktion som verktyg mot illojal konkurrens, vilket kommit till tydligt uttryck i den praxis som utvecklats av MD enligt 1996 års MFL, har lagstiftningarnas skilda vägar nu på ett tydligt sätt åter kommit att mötas och på många sätt börjat att löpa parallellt vid sidan av varandra. Den utveckling som vi ser i dag kan knappast ha varit avsedd av lagstiftaren. Den bör därför vara värd att uppmärksamma och närmare överväga i reformarbetet med en nationell kännetecknens- och marknadsrätt.

7.4 Rättens marknadseffektivitet

Inledningsvis (s. 24) anges att undersökningen avser att kunna ge underlag för överväganden om den *gällande svenska kännetecknensrätten på ett effektivt sätt tillgodoser marknadens anspråk på ett kännetecknensrättsligt skydd*. För att skyddet skall vara effektivt, skall det skapa en *ba-*

[126] Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 172.

[127] Se domstolens uttalande i MD 1988:6 (Klorin), MD 1990:2 (Bobcat), MD 1990:5 (Aloe Juice) och MD 1987:12 (Inteckningsbörsen); jfr Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare s. 172.

lans mellan ensamrätt och *frihållning*. Det är naturligtvis omöjligt att mer preciserat ange ett exakt jämviktsläge eller hur balansen skall uppnås. Någon rättsekonomisk analys har heller inte företagits, men det hindrar, enligt min mening, inte att några mer generella antaganden bör kunna göras utifrån det relativt omfattande undersökningsmaterial som presenteras främst i kapitel 4–6. Också i detta perspektiv bör *referens* och *mening* kunna vara vägledande. Det faller sig därtill naturligt att här närmare anknyta till de *syften och funktioner* (ovan kap. 2), vilka ansetts bära upp ett kännetecknesskydd.

Ett bra kännetecken måste från början bära med sig en rad egenskaper, förutom kravet att rent hypotetiskt kunna särskilja en viss näringsidkares varor från andras. Det måste kunna ge bra och rätt associationer och kunna ge antydningar om varans förtjänster och kvalitet. Det skall därtill vara lätt, inte bara att urskilja, uttala och minnas, utan även att uttrycka och återge. Men frågan för vem kännetecknet är bra – kännetecknenshavaren, lagstiftaren, förbrukaren eller samhället – inställer sig snart. Kravet på en balans mellan ensamrätt och frihållning avser att tillgodose skilda intressen. Att vissa kännetecken är bättre för vissa än för andra är ju uppenbart. När man talar om rättens *marknadseffektivitet*, bör det därför klargöras vilka som är marknadens aktörer. Det vanliga marknadsperspektivet inom kännetecknesrätten brukar vara *konkurrentperspektivet*. Det är också en kärnfråga vid förväxlingsbarhet där kännetecknen ställs mot varandra i konkurrensförhållanden. Kännetecknesrätten skall emellertid även fungera effektivt inom en marknadsplats, inom vilken även omsättningskretsen är en viktig aktör. I den framstår i dag förbrukarna – främst *konsumenterna* – som den mest centrala kategorin. Kännetecknesrätten bör därtill ytterst sättas in i ett totalt marknadsperspektiv, där effektiviteten tar sikte på en aggregerad och global marknad. Eftersom undersökningen avser svensk rätt, riktas här nedan fokus främst på effektiviteten i konkurrensförhållanden, men delvis även förhållandet mellan rättighetshavare och omsättningskretsen på den svenska marknaden, liksom marknaden i stort.

7.4.1 Konkurrentintresset

Kännetecknenshavarna har ett intresse av att tilldelningen av kännetecken är effektiv och rättvis och att ensamrätten ges en omfattning som främjar konkurrensen. För kännetecknenshavarna bör kännetecknensrätten främja avsättningsintresset.[128] I ett rättighetshavarperspektiv, skulle man schematiskt uttryckt kunna hävda att kännetecknensrättens huvuduppgift är att skapa förutsättningar för *ensamrätt* och att värna skyddade kännetecknen mot *degeneration* och *angrepp* av tredje man. Rättighetshavarens primärintresse är därmed att kännetecknets *referens* är klar och entydig. Som ett fundament för en fungerande kännetecknensrätt framstår då kännetecknets *symbolfunktion* (jfr ovan avd. 2.1). Den verkar emellertid närmast som en teoretisk och semantisk bas för att ett kännetecken alls skall kunna vara för handen. Om kännetecknensrätten skall ha bärkraft just som en immaterialrättighet med ett immateriellt *objekt* som skyddsföremål, måste den ges en konkret utformning. Lagen måste kunna tillhandahålla definitioner av objektets föremål och bestämningar av skyddets omfattning. VK konstaterade att den enskildes intresse av skydd måste vägas mot det allmänna intresset av att konkurrenternas möjligheter att marknadsföra sina varor och tjänster inte inskränktes på ett olämpligt sätt. För att konkurrenterna skulle kunna marknadsföra sina varor och tjänster, fordrades att de fritt kunde använda beteckningar som angav dessas art och som i övrigt var beskrivande för dem. En utgångspunkt var därför att uppgifter om varornas art och i övrigt beskrivande beteckningar borde hållas fria och inte omfattas av ensamrätt. På motsvarande sätt borde enkla figurer m.m. primärt hållas fria, så att den som ville kunde använda dem vid marknadsföring. Det krav på *särskiljningsförmåga* som lagstiftaren ställde upp, var ett resultat av en avvägning mellan den enskildes intresse av skydd och det allmänna intresset av att konkurrenternas möjligheter att marknadsföra sina varor och tjänster inte inskränktes på ett olämpligt sätt. Ett varukännetecken som konstaterats ha erforderlig särskiljningsförmåga kunde

[128] Immaterialretspositioner s. 172.

följaktligen inte anses vara föremål för något frihållningsbehov.[129] En liknande intresseavvägning måste företas i fråga om förväxlingsbarhet.

Under lång tid har den grundläggande utgångspunkten för definitionen av kännetecknsrättens skyddsföremål varit tekniskt fokuserad på objektet – tecknet eller kännetecknet och dess av lagen uppställda skyddsförutsättningar. Under senare tid har emellertid även inom den kännetecknsrättsliga doktrinen uppmärksamhet riktats mot den *dynamik* som utmärks av kännetecknets *funktion* inom marknaden. Även om skalan är glidande, framstår det som allt tydligare hur kännetecken kan vara av två slag. Det ena slaget avser kännetecken som inte gör anspråk på annat än *referens*. Det är fråga om kännetecken med svag eller normal särskiljningsförmåga, vars huvudsakliga uppgift är att tillgodose kännetecknets *särskiljningsfunktion* (jfr ovan avd. 2.1). Det andra slaget är kännetecken för varor som riktar sig till breda lager inom samhället med ett högt *goodwillvärde* som tillskapats med tanke på just att vara en potential för investering, märkesutvidgning och licensiering. Det är fråga om kännetecken som har ett *egenvärde*. Enligt *Levin* gav EG-rätten i domstolens tolkning två helt olika skydd i anslutning till varumärken. Det fanns därför anledning att tänka dels i ett objektsskydd för själva ensamrätten, dels i ett flexibelt konkurrensrättsligt skydd mot andra illojala utnyttjanden av kännetecknet. Medan objektsskyddet var välkänt för svensk rätt, var det konkurrensrättsliga urvattningsskyddet nytt.[130] Här skulle det som *Levin* kallade för ett *objektsskydd för själva ensamrätten* kunna uppfattas som det traditionella *statiska* skyddet för kännetecknets *referens*, medan det som *Levin* beskrev som ett flexibelt konkurrensrättsligt skydd ger uttryck närmast åt ett *dynamiskt* skydd för kännetecknets *mening*.

Om kännetecknsrätten skall tillförsäkra en effektiv balans mellan ensamrätt och frihållning, bör det höra till registreringsmyndighetens och domstolarnas uppgift, såväl i ett registreringsavgörande som i ett intrångsavgörande eller ett avgörande om otillbörlig marknadsföring att –

[129] SOU 2001:26 s. 159 f.
[130] Levin i Festskrift till Gunnar Karnell s. 432.

inom lagens råmärken och vad som yrkats – i det enskilda fallet sätta gränsen för en sund och effektiv konkurrens inom marknaden. Här framstår kännetecknets *marknadsstyrande* funktion och *konkurrensfunktion* (jfr ovan avd. 2.5) som centrala. Ovan konstateras att varukännetecknet i dag i många fall utgör den mest betydelsefulla av de olika faktorer som kan främja konkurrensen mellan enskilda företagare.[131] Kännetecknet fungerar som ett *positioneringsinstrument*.[132] De värden som varukännetecken kan bära och förmedla ökar ständigt och kan i dag avse miljardbelopp. Det är i det perspektivet värt att betänka hur en domstol i fråga om särskiljningsförmåga kan avgöra om värdet i investeringar alls skall kunna nyttiggöras effektivt,[133] liksom rättens existens, omfång och styrka i fråga om förväxlingsbarhet.

Ett medel för att åstadkomma en effektiv balans mellan ensamrätt och frihållning som antagits ovan är att kännetecknsrättens styrka måste verka bestämmande på skyddets omfång. Därmed framträder kännetecknets *särskiljningsfunktion* (jfr ovan avd. 2.1) som central för kännetecknshavarna. I ett kortsiktigt perspektiv kan det naturligtvis finnas ett intresse för rättighetshavarna att så mycket som möjligt kan omfattas av skyddet. Det synes också vara en allmän utvecklingstrend inom hela immaterialrätten att allt mer omfattas av det skyddade området. En effekt av det, liksom av trängseln inom varumärkesområdet och bristen på bra kännetecken, blir att kravet på särskiljningsförmåga och därmed skyddsomfånget kring kännetecken tenderar att sjunka. Med sänkta krav på särskiljningsförmåga ökar naturligtvis samtidigt, teoretiskt sett, risken för kollisioner. I det långa loppet bör det därför finnas ett intresse för kännetecknshavarna att ett rimligt skyddsomfång kring kännetecknen kan upprätthållas. En *gradering* av rättens omfång i förhållande till skilda kännetecknens styrka,[134] d.v.s. att kännetecken kan göra anspråk

[131] SOU 1958:10 s. 48.

[132] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 27.

[133] Ett exempel på det kan vara hur rätten till varumärket *Daim* har kommit att bli det i praktiken enda intressanta varumärket vid det senaste förvärvet av *Marabou*, medan varumärket *Kexchokad* för en i många hänseenden konkurrerande produkt nyligen ansetts sakna tillräcklig särskiljningsförmåga för att kunna registreras (jfr PBR mål 99-028 (Kexchokad)).

[134] Se härom särskilt Wessman i NIR 2000 s. 639.

på olika skyddsomfång och samtidigt ge uttryck åt ett *dynamiskt* kännetecknsobjekt, framstår därmed som ett medel att hantera problemet med den ständigt ökande mängden av kännetecken inom marknaden. I det perspektivet konkretiseras enligt min uppfattning också det ovan antagna kravet på att förväxlingsbedömningen vid registrering måste vara av annat slag än vid intrång. Särskilt i en intrångsprocess bör förväxlingsbarheten relateras till hur kännetecknen fungerar inom marknaden för att konkurrensförhållandet mellan dem skall kunna anges på ett adekvat sätt. Kännetecknshavarna kan naturligtvis anse sig betjänta av att registreringsmyndigheten granskar även relativa registreringshinder, eftersom ansvaret för granskning då åvilar det allmänna. Emellertid torde ett system motsvarande det som gäller för gemenskapsvarumärket och som också föreslagits av VK (jfr ovan s. 50) ge bättre förutsättningar för en marknadsanpassad tilldelning av varumärken. Om bevakningen av de relativa registreringshindren ligger hos rättighetshavarna själva, borde förutsättningarna för hänsynstagande till kännetecknets *meningsegenskaper* kunna öka. Ett skäl för att överge systemet med formalprövning av de relativa registreringshindren var ju enligt VK också att det inte gick att göra en tillräckligt tillförlitlig prövning av sådana hinder, eftersom det blivit allt svårare att få till stånd ett någorlunda fullständigt prövningsunderlag.[135] VK konstaterade att officialprövningen ganska ofta ledde till att sökta varumärken vägrades registrering på grund av äldre registrerade varumärken eller firmor, trots att registrering och användning av det sökta märket i praktiken inte skulle ge upphov till någon konflikt. Det fanns flera anledningar till att en konflikt, som vid officialprövningen framstod som klar, i själva verket var skenbar. Det kunde vara så att innehavaren av en äldre rätt till ett varumärke eller en firma inte längre var intresserad av den. Vidare kunde ett registrerat varumärke omfatta flera varor eller tjänster än vad det faktiskt användes för. Ofta var det också så att det sökta märket kom att användas endast inom ett geografiskt område som var helt skilt från det inom vilket ett äldre kännetecken användes.[136]

[135] SOU 2001:26 s. 20.
[136] Op. cit. s. 174.

För kännetecknenshavarna är det av central betydelse att rättstillämpningen tillgodoser grundläggande krav på *rättssäkerhet*, d.v.s. tillräckliga krav på förutsebarhet och att lika fall skall behandlas lika.[137] En väsentlig fråga i dag är vilket skydd som registrering eller inarbetning *de facto* ger åt kännetecknenshavaren. Enligt VK gjorde ensamrätten till ett kännetecken som sådan att innehavaren med *rimlig säkerhet* kunde göra investeringar i märket och därigenom bygga upp dess slagkraft och styrka.[138] En utveckling som kan skönjas förefaller vara att betydelsen och värdet av en varumärkesregistrering tenderar att avta (jfr ovan s. 542), medan marknadsrättens betydelse för varumärkens faktiska skyddsomfång har ökat. En effekt av den ökade trängseln med allt fler registrerade kännetecken, medför emellertid inte bara att skyddsomfånget kring varje kännetecken minskar, utan därtill, i vart fall teoretiskt sett, att risken för kollisioner mellan kännetecken ökar, vilket således ger att skyddets styrka, d.v.s. garantin för att registreringen består, minskar. En brist i det hänseendet är att lagen i sig inte anger några närmare principer för vad som avses med förväxlingsbarhet eller förväxlingsrisk eller hur förväxlingsbarhetsbedömningen skall företas och vilka faktorer som skall vara avgörande för den. I och för sig kan man på goda grunder argumentera för att en *statisk* förväxlingslära med utgångspunkt i lagens rekvisit och den praxis som utvecklats, skapar säkerhet och bör kunna utgöra en rimlig grund för företagens varumärkesstrategier, men den ger inte, såsom ovan (särskilt avd. 7.2.4) visas, en marknadsanpassad skyddssfär och knappast heller ett effektivt skydd för investeringar.

Ett *marknadsrelaterat* eller *dynamiskt* kännetecknensobjekt ställer ökade krav på *precision*. En kännetecknenshavare som medvetet marknadsför sitt kännetecken inom specifika marknadssegment, med väl definierade marknadsföringskanaler och särskilda marknadsföringsmetoder, bör kunna göra anspråk på en ensamrätt som omfattar det segmenterade området. Det ställer samtidigt också höga krav på kännetecknenshavaren att kunna ange övertygande skäl för en ensamrätt inom det

[137] Jfr Vad är rätt ? s. 51 ff.
[138] Op. cit. s. 159.

området. Han måste kunna visa att kännetecknet har en specifik *mening* hos omsättningskretsen. Kravet på *precision* ökar, inte bara med ökad trängsel av varumärken inom marknaden, utan även med ökade investeringar i kännetecken. Det blir fråga om att förmedla och projicera kännetecknet inom vissa marknadssegment och på ett medvetet sätt, för att det skall träffa rätt målgrupp och för vilken det får en egen *mening*. Då kan ett eljest även svagt kännetecken bli starkt inom ett visst marknadssegment och i praktiken oangripbart. Trots att det inte gäller ordkännetecken, är *Hästens* rutmönster för sängar (jfr ovan s. 486) ett bra exempel på detta.

Utvecklingen av *marknadsföringsrätten* är en faktor som till synes i ökande grad skapat osäkerhet kring kännetecknsskyddets *de facto*-omfattning. Ett belysande exempel på det kan vara avgörandet angående *Mora Knäcke*, där *Wasabröd* förbjöds att använda kännetecknet *Mora Knäcke*, på grund av vilseledande om geografiskt ursprung, trots att det var registrerat som varumärke för *Wasabröd* och trots att det hade använts i stor omfattning och under lång tid som varumärke för knäckebröd.[139] Visserligen spelade även andra faktorer, såsom förpackningsdekor, in i otillbörlighetsbedömningen, men MDs avgörande fick hur som helst som följd att *Wasabröd* valde att upphöra med användningen av varumärket för knäckebröd (jfr ovan s. 455). Å andra sidan synes marknadsrätten kunna tillskapa rättspositioner av närmast kännetecknsrättsligt slag, där det ovan (s. 452 ff.) berörda *Ullared*-avgörandet kan tjäna som exempel.[140] Trots att ordet *Ullared* inte registrerats som varumärke för *Ge-Kås*, förbjöd MD *Göran Karlsson* att använda det, eftersom det ansågs inarbetat för *Ge-Kås* (jfr ovan s. 453 och s. 507). I det s.k. *Champagnesmak*-avgörandet kunde *Champangneproducenterna* också förbjuda annans användning av uttrycket *Champagnesmak*, inte minst på grund av att produkten varken innehöll eller smakade som *Champagne*.[141] Även om möjligheterna att såväl vägra registrering för, som att förbjuda användningen av varumärken som är vilseledande om

[139] MD 2003:13 (Mora Knäcke).
[140] MD 2003:25 (Ullared).
[141] MD 2002:20 (Champagnesmak!).

ursprung eller egenskap ges inom kännetecknsrätten, är det således i hög grad marknadsrätten som ytterst sätter gränserna för ensamrättens omfattning.

En brist i dagens svenska kännetecknsrätt kan därmed vara den uppdelning, med i det närmaste vattentäta skott, mellan kännetecknsrätten i snävare förståelse och marknadsföringslagstiftningen med så att säga dynamisk anpassning till vad som utgör kännetecken, där inte minst ordkännetecken och ordlikhet sätts in i ett marknadsmässigt konkurrensförhållande. En översyn av den svenska kännetecknsrätten borde därför enligt min uppfattning i större hänseende än vad som gjorts av VK beakta, inte bara den svenska kännetecknsrättens tillkomst och utveckling, utan även hur det diversifierade skyddet mot illojal konkurrens *de facto* ser ut i dag och utvecklas (jfr ovan avd. 7.3). En samordning i Sverige av marknadsföringslagstiftningen med möjlighet till kumulation av civil- och marknadsrättsliga mål,[142] skulle enligt min uppfattning inte bara öka möjligheterna att balansera ensamrätt och frihållning och skapa fördelar för det svenska näringslivet, utan också på sikt kunna underlätta även de pågående strävandena efter harmonisering av konsumentskyddet och ytterst en gemensam europeisk civilrättslagstiftning.[143]

7.4.2 Konsumentintresset

Eftersom kännetecknet i stor utsträckning fungerar som ett konkurrensmedel, har kännetecknshavaren i princip inte anledning att genom kännetecknet förmedla annan information till förbrukarna än sådan som står i direkt överensstämmelse med de mål som uppsatts för verksamheten.[144] Enligt allmänna associationsrättsliga principer är ju huvudmålsättningen med verksamheten att generera vinst.[145] Inget företag har så-

[142] Jfr Bernitz i NIR 1996 s. 143.

[143] Jfr Marknadsrättens goodwillskydd s. 154.

[144] Jfr Albinsson/Tengelin/Wärneryd, Reklamens ekonomiska roll s. 149.

[145] Se Nial, Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, 1934 s. s. 33; Johansson s. 114; Kedner/Roos/Skog 5 uppl. s. 93 och 123 och Rodhe, Aktiebolagsrätt, 18 uppl. s. 239. Om ett aktie-

ledes i praktiken anledning att sprida information som leder till sjunkande vinster, krympande marknadsandelar eller försämrad likviditet. Förbrukaren borde emellertid objektivt sett i allmänhet ha ett intresse av att den information som kännetecknet förmedlar är effektiv, lättåtkomlig, överskådlig, förståelig, allsidig och utförlig.[146] Även om kännetecknshavare och konsument kan ha motstridiga intressen, kan antas att de som regel på ett övergripande plan bör sammanfalla. Enligt *Koktvedgaard/Wallberg* var det, till förståelsen av varumärkesrättens utveckling och stora betydelse, också viktigt att påpeka att näringsidkarna (producenter, importörer och distributörer) och förbrukarkretsen i allt väsentligt hade enahanda intressen i att en stark och säker varumärkesrätt upprätthölls. Om varumärkesrätten inte verkade korrekt och effektivt, skulle verksamheterna mista sina marknader och kunderna svikas. Det fanns därför goda grunder för att upprätthålla systemet med tillräcklig skärpa, så länge man önskade ha ett konsumtionssamhälle av nuvarande slag.[147] Detta förhållande är naturligtvis inte unikt för kännetecknsrätten, men även om det har varit föremål för omfattande belysning i doktrinen,[148] verkar det inte ha varit föremål för någon mer omfattande analys eller överväganden av lagstiftaren. Den enda närmare reflektion över kännetecknets betydelse för konsumenterna i VKs slutbetänkande finns i *Hermanssons* och *Strömbergs* särskilda exkurs om *utvecklingslinjer inom handeln och näringslivet sedan införandet av varumärkeslagen*, där det uttalades att etablering av en ny produkt eller av en produkt på en ny marknad krävde omfattande marknadsföringsåtgärder i syfte att bibringa *konsumenterna* kännedom om produkten, få dem att pröva den och förvandla dem till trogna kunder och på så sätt uppnå tillräckliga

---

bolags verksamhet helt eller delvis skall ha annat syfte än att bereda vinst åt aktieägarna, måste bolagsordningen enligt 12:1 andra stycket ABL innehålla en bestämmelse om användningen av vinst och behållna tillgångar. Detta förekommer emellertid mycket sällan (jfr Rodhe op. cit. s. 239 och Kedner/Roos/Skog s. 122. Jfr dock härtill även Kedner/Roos/Skogs op. cit. konstaterande (s. 93) att syftet med aktiebolaget emellertid kunde gå ut på att gynna andra intressen än aktieägarnas, såsom politiskt, vetenskapligt, kulturellt, välgörande etc.

[146] Jfr Albinsson/Tengelin/Wärneryd, Reklamens ekonomiska roll s. 150 ff.

[147] Koktvedgaard/Wallberg s. 2.

[148] Se särskilt Varumärken från konsumentsynpunkt.

volymer för att motivera investeringar i en tillverknings-, försäljnings- och distributionsapparat.[149]

Inte heller i denna undersökning ägnas konsumentintresset särskild uppmärksamhet. Emellertid finns inom ramen för undersökningen ett centralt förhållande som kan anses ha särskild bäring på relationen mellan kännetecknshavare och konsument. Det är nära förknippat med den s.k. *sanningsgrundsatsen* och kännetecknets *garantifunktion*. Enligt *sanningsgrundsatsen* skall förbrukaren kunna förlita sig till att en vara med ett visst kännetecken skall ha ett visst ursprung med antagna kvalifikationer, d.v.s. att kännetecknet till sitt innehåll skall överensstämma med verkligheten. Det får inte vilseleda om den vara eller tjänst som kännetecknet avser (jfr ovan s. 54). Enligt VFU skulle varumärken också tjäna till ledning för konsumenterna i valet mellan olika konkurrerande varor. Genom varumärket kunde köparen identifiera den speciella vara som han hade anledning att tro bäst motsvarade hans särskilda behov och önskemål. I varumärket såg han ett slags *garanti* för att varan hade de egenskaper eller den kvalitet som han förband med en viss tillverkning eller hade vant sig vid att finna hos varan.[150] Enligt *Kobbernagel* var kännetecknsrättens förväxlingslära i såväl kännetecknshavarnas som förbrukarnas intresse. Kännetecknshavarens intresse var rent ekonomiskt. Han önskade skydd för kännetecknets *goodwill* och ville hävda sin ensamrätt, mot plagiering. Förbrukarna hade ett visst intresse av att kunna välja mellan konkurrerande varor och det förutsatte att man kunde skilja dem åt. Men förbrukarna sökte också skydd mot att bli vilseledda. Således arbetade ensamrättsprincipen och sanningsgrundsatsen hand i hand.[151] Ovan har också talats om kännetecknets *informationsfunktion*, där kännetecken i en marknadsföringssituation i stor utsträckning kan användas som verktyg för att förmedla denna information (jfr ovan avd. 2.3). Eftersom kännetecknets garantifunktion har givits en central roll i flera av EG-domstolens avgöranden, är det viktigt att relatera den till den ovan (s. 528 ff.) berörda *delhypotesen* att *refe-*

[149] SOU 2001:26 s. 142.
[150] SOU 1958:10 s. 48.
[151] Kobbernagel II s. 205.

rensen tenderar att avse nya företeelser och att den, som en effekt av ökad fusionering och handel med kännetecken, tenderar att *immaterialiseras* – lösgöras från sitt ursprung.

Det finns i princip inga effektiva analysmetoder, med vilkas hjälp det går att dra några entydiga slutsatser om reklamens betydelse för förbrukarnas välfärd. Den traditionella välfärdsekonomins metod att mäta det ekonomiska systemets effektivitet genom graden av anpassning till konsumentens preferenser faller ju till marken om kännetecknet påverkar omsättningskretsens smak eller psykiska välbefinnande.[152] Även om man i dag kan nå ganska långt med marknadsundersökningar (jfr ovan s. 378 ff.), framstår även de som trubbiga verktyg om det är mer subtila eller personliga förhållningssätt till ett kännetecken som skall mätas.

Goodwillskyddets betydelse för konsumenterna har också länge varit en central fråga inom den företagsekonomiska forskningen.[153] Enligt *Melin* var det kännetecknets *mervärde* som avgjorde konsumenternas val av märkesprodukt. Trots att mervärdet hade diskuterats livligt, saknades det enligt honom fortfarande en allmänt vedertagen definition. Något förenklat skulle man emellertid kunna säga att mervärde var ett uttryck för *skillnaden i innebörd mellan begreppen märkesprodukt och generisk produkt*. Detta till synes abstrakta mervärde var konsumenterna villiga att betala ett *merpris* för. Utgångspunkten för utvecklingen av ett mervärde var vidare de *märkesassociationer* som var kopplade till märkesprodukten. De kunde vara knutna till både märkesvarans form och innehåll. För att attrahera konsumenterna måste mervärdet vara relevant i förhållande till en generisk produkt och konkurrenskraftigt i relation till andra märkesprodukter. Målsättningen för kännetecknshavaren var naturligtvis att märkesvarans mervärde skulle skapa märkespreferenser som på sikt gav upphov till märkeslojalitet, något som under lång tid rönt stort intresse inom forskningen om konsumentbeteenden. Eftersom forskare har haft helt olika utgångspunkter vid studiet av mär-

[152] Jfr Albinsson/Tengelin/Wärneryd, Reklamens ekonomiska roll s. 144, där det emellertid talades om reklam i allmänhet och inte om just kännetecken.

[153] Se Söderlund, Den lojala kunden och dens. Den nöjda kunden.

keslojalitet, hade det blivit ett komplext och mångfacetterat begrepp som sträckte sig från objektiva variabler, såsom inköpsfrekvens, till subjektiva parametrar, såsom köpbeteende. Enligt *Melin* borde märkeslojalitet betraktas som ett kontinuum som sträckte sig från fritt märkesväxlande till fullständig lojalitet.[154] Detta sätter *sanningsgrundsatsen* och kännetecknets *garantifunktion* (jfr ovan avd. 2.3) på spel, eftersom det kan leda till att märkesvarorna inte motsvarar den *mening* som kännetecknet har hos omsättningskretsen, och förskjuter samtidigt styrkeförhållandet mellan kännetecknshavare och konsumenterna. Även om kännetecknshavaren enligt huvudregeln inte har något rättsligt ansvar för kännetecknets garantifunktion (jfr ovan s. 91 och s. 102 f.), bör detta förhållande enligt min uppfattning vara viktigt att göra tydligt för såväl lagstiftaren som domstolarna.

I anslutning till en diskussion om sanningsgrundsatsen och styrkeförhållandet mellan kännetecknshavare och konsument kan det också vara värt att beröra marknadsföringslagstiftningens roll som konsumentskyddsmedel. I några äldre avgöranden från MD angående otillbörlig marknadsföring medelst kännetecken, vilka behandlas ovan i kapitel 6, har talan förts av KO i konsumentkollektivets intresse.[155] I flertalet av dessa avgöranden kan detta knappast uppfattas som särskilt anmärkningsvärt, eftersom det har gällt vilseledande om varans eller verksamhetens art och kvalitet. Ett av avgörandena kan dock vara värt att särskilt nämna här. I MD 1976:18 (SparKronan) förbjöds näringsidkaren att använda firmadominanten *SparKronan*, eftersom den vara ägnad att oriktigt ge sken av att företaget hade anknytning till en sparbank (jfr ovan s. 456). Med tanke på KOs begränsade benägenhet att föra talan om otillbörlig marknadsföring, är det väl knappast sannolikt att KO skulle ta upp ett mål av detta slag i dag. Även om MDs förändrade inställning till betydelsen av ett starkt skydd mot illojal konkurrens är välkommet,

[154] Varumärket som strategiskt konkurrensmedel s. 45 f.

[155] Som exempel på sådana äldre avgöranden som fördes av KO kan nämnas MD 1972:8 (Svensk Rättshjälp), MD 1973:15 (Axelssons Gymnastiska Institut), MD 1976:18 (SparKronan), MD 1977:22 (Alcro), MD 1977:26 (Mäklarbanken I), MD 1978:3 (New Hair), MD 1974:12 (Exonyl Miljö), MD 1979:25 (Svenska Riksinsamlingen), MD 1981:4 (Electrolux).

förefaller intresset för att värna konsumenterna ha avtagit. Samtidigt kan observeras hur ursprungligen huvudsakligen konsumentskyddssyftande otillbörlighetsgrunder börjat användas som verktyg mot näringsidkare i konkurrensförhållanden. Det tydligaste exemplet ger väl *Mora Knäcke*-avgörandet[156] där det var den konkurrerande näringsidkaren, *Leksandsbröd*, som förde talan mot *Wasabröds* användning av *Mora Knäcke* för bröd som inte hade någon geografisk anknytning till Mora eller Dalarna (jfr ovan s. 450 f.). Syftet bakom otillbörlighetsgrunden *vilseledande om geografiskt ursprung* är ju huvudsakligen att skydda konsumentkollektivet mot vilseledande om varans härkomst (jfr ovan s. 455).

Sammanfattningsvis bör det därför, enligt min uppfattning, vara av stor vikt för lagstiftaren att i en översyn av kännetecknensrätten och marknadsföringslagstiftningen särskilt beakta de aspekter som har betydelse från konsumentsynpunkt. Det gäller inte minst i ljuset av de förändringar som har skett under senare tid i frågan om marknadsföringsbeteenden och informationsvägar.

7.4.3 Samhällsintresset

Inte heller det vidare intresset att upprätthålla en samhällsekonomisk effektivitet på en aggregerad och global marknad är något direkt tema för undersökningen. Emellertid berörs några förhållanden som tangerar ett sådant intresse.

Principen om ett s.k. *frihållningsbehov* (*Freihaltebedürfnis*) (jfr ovan s. 195) syftar naturligtvis till att på ett övergripande plan skapa förutsättningar för en effektiv balans mellan ensamrätt och frihållning inom marknaden i stort. Enligt VK var det t.ex. en utgångspunkt att uppgifter om varornas art och i övrigt beskrivande beteckningar borde hållas fria och inte omfattas av ensamrätt. På motsvarande sätt borde enkla figurer m.m. primärt hållas fria, så att den som ville kunde använda dem vid marknadsföring.[157] Eftersom deskriptiva ord, enkla symboler och ensta-

[156] MD 2003:13 (Mora Knäcke).
[157] SOU 2001:26 s. 159.

ka tecken väl kan fungera särskiljande under särskilda omständigheter och i vissa sammanhang, bör det emellertid vara vanskligt att förespråka generella och absoluta krav på frihållning. Sådana kan ju i den särskilda marknadssituationen tillsammans med andra kännetecknsfakta bidra till att skapa såväl kommersiell *referens* som *mening* åt en vara. Den utveckling som kan följas i administrativ praxis, kanske särskilt när det gäller bokstavs- och siffermärken (jfr ovan avd. 4.3.4), visar inte bara på att kraven på särskiljningsförmåga sjunker, utan även på att bedömningen måste göras med hänsyn tagen till tecknets särskiljningsförmåga i det enskilda fallet. Här framträder också MDs praxis med viss skärpa, eftersom domstolen i flera avgöranden pekat på hur i sig icke särskiljande moment kan bidra till att skapa en kommersiellt särpräglande helhetsbild åt en produkt eller marknadsföringsåtgärd.

Ovan (s. 35 f.) nämns kortfattat den s.k. *globaliseringsdebatten*, som bland annat fokuserar på hur de stora kännetecknshavarna, genom effektiv marknadsföring, försöker tillskapa en lojalitet, särskilt hos unga konsumentgrupper och att märkesföretagens verksamhet inte bidrar till en högre levnadsstandard, utan endast syftar till att vidmakthålla sina kännetecken. I kritiken mot globalisering har också förts fram hur varukännetecken, genom medvetna strategier, tränger in i alla delar av inte bara media, utan även samhället i stort.[158] Även om kritiken mot de stora kännetecknshavarnas marknadsföringsagerande kan uppfattas som något överdriven, är det uppenbart att varukännetecken har kommit att få ett påtagligt ökat utrymme i det offentliga rummet. Varukännetecknen har i ökande grad blivit en kulturyttring med ett allmänintresse. Även om något konkret exempel från rättspraxis på möjligheterna att begränsa kännetecknshavarens marknadspositioner vid uppkomst av s.k. uppfattningsmonopol (jfr s. 98 f.) inte förefaller finnas i dag, kan det kanske antas att en rättslig kontroll av sådana monopol kan komma att aktualiseras, antingen genom begränsningar inom ramen för kännetecknsrätten eller med hjälp av konkurrensbegränsningsrätten. Kanske kan en viss lyhördhet för möjligheterna att i det enskilda fallet begränsa en-

[158] Se framför allt Klein, No Logo; jfr Bovallius och Toivio i Identitet s. 22.

samrättens utövande skönjas redan genom det s.k. *Dior*-avgörandet,[159] vilket väl får anses ge ett uttryck åt en *dynamisk de facto*-bestämning av skyddets omfång. *Koktvedgaard* konstaterade att varje kännetecken nödvändigtvis måste ha ett visst skyddsomfång (*beskyttelsesradius*). Detta begränsade i hög grad antalet av skyddsförtjänta varumärken, och eftersom det syntes rimligt för varje näringsidkare att förvärva ett varumärke, var det klart att man på ett eller annat sätt måste kunna begränsa varumärkesskyddet: ”Her melder konkurrencebetingelsen sig som en naturlig og rimelig begrænsning, idet det synes utvivlsomt, at i hvert fald visse varemærker ikke har noget utalt behov for en generel beskyttele. *Rent praktisk må man altså vælge mellem en konkurrencepræget beskyttelse med en bred sammenligningsregel og en exclusivpræget beskyttelse med en snæver sammenligningsregel*.”[160]

Ovan (s. 542 och s. 572) uppmärksammas den allmänna trenden inom immaterialrätten att allt mer skyddas av allt fler immaterialrättigheter och att allt mer omfattas av det skyddade området. Inom varumärkesrätten visar ensamrättens ökade omfattning sedd över tid på det. *Ett exempel* kan vara de ökande befogenheter som gavs åt kännetecknenshavaren *genom* att varumärkesrätten utökades från att omfatta endast figurvarumärken till att sedan kunna avse även andra kännetecken, *genom* att ensamrätten utökades från en rätt att märka varor till att omfatta även annan varumärkesanvändning (jfr ovan s. 43), *genom* sänkta krav på särskiljningsförmåga – kanske främst vad gäller bokstavs- och sifferkännetecken (jfr ovan avd. 4.3.4) – *genom* den nya förväxlingsläran, som uttryckligen inbegriper association (jfr ovan avd. 4.4.6) och *genom* det förändrade skyddet för väl ansedda kännetecken från det äldre *Kodak-skyddet* till det skydd för väl ansedda kännetecken som enligt EG-domstolen i dag skall kunna äga tillämplighet även inom varuslagsområdet (jfr ovan avd. 4.4.5.2). *Ett andra exempel* är att näringsverksamhetsbegreppet tenderar att vidgas (jfr ovan avd. 5.2). *Ett tredje exempel* är utvecklingen inom marknadsföringsrätten, särskilt det ökade skyddet mot

[159] Mål C-337/95 4 den november 1997 (Dior).
[160] Immaterialretspositioner s. 208 f.

renommésnyltning. Samtliga dessa exempel visar på en betydande förskjutning över tid av gränsen mellan ensamrätt och frihållning. Detta aktualiserar kännetecknensrättens gräns mot yttrandefriheten. Om kännetecknen får ökat utrymme som kulturyttring i det offentliga rummet, blir det ju ytterst en fråga om vem som skall få ensamrätten till kännetecknens *meningsinnehåll*. Så länge yttrandena sker inom ramen för kännetecknenshavarens näringsverksamhet är ju huvudregeln att han har ensamrätt att bestämma över yttrandenas art och omfattning, något som då också blir en väsentlig komponent i balansen mellan ensamrätt och frihållning.

7.5 Slutord

Det är slående hur väl äldre uttalanden om kännetecknets föremål och roll i samhället passar in även på nya förhållanden. Uttalanden om kännetecknens betydelse i en förändrad marknadsekonomi skiljer sig således inte nämnvärt mellan motiven i betänkandet av 1958 års VFU och 2001 års VK.[161] Än mer slående är hur moderna *Knophs* uttalanden i Åndsretten från 1936 förefaller än i dag. Det som har förändrats är i stället samhället och de infrastrukturella och ekonomiska förutsättningarna. Det framstår som ganska naturligt att uttalanden om *nya marknadsförings- och distributionskanaler* avsåg andra företeelser då än i dag. Av det skälet kan äldre överväganden om *marknadsförings- och distributionskanaler* inte läggas till grund för dagens marknadsförings- och omsättningsförhållanden. Det kan här vara värt att knyta an till utvecklingen av standardavtalsmarknaden under 1900-talets förra hälft, vilken, inte minst på grund av att avståndet mellan producent och konsument ökade och att styrkefördelningen mellan näringsidkare och konsument ändrades, ställde nya krav på den obligationsrättsliga lagstiftningen. Den ledde på sin tid till utvecklingen av den civilrättsliga konsumentlagstiftningen och marknadsföringslagstiftningen. På motsvarande sätt

[161] Jfr SOU 2001:26 s. 19 med SOU 1958:10 s. 46 f.

kan antas att det ökade avståndet och styrkefördelningen mellan näringsidkare och förbrukare kan ställa nya krav också på kännetecknsrätten.

Någon djupare analys av hur eller på vilka sätt VKs förslag till ny varumärkeslag verkligen tillgodoser de nya krav som ställs på ett fungerande och marknadseffektivt kännetecknssystem görs inte av Kommittén. Handlingsutrymmet är naturligtvis begränsat av de ramar som Varumärkesdirektivet sätter, men den fundamentala systemöversyn som verkligen hade kunnat bidra till en ökad effektivitet, såsom den ursprungligen emotsedda sammanslagningen av varumärkes- och *firmarätten*, samordningen med marknadsrättens bestämmelser om *illojal konkurrens* inklusive *vilseledande kännetecknsanvändning* samt samordning av skyddet för *geografiska ursprungsbeteckningar* finns inte i kommitténs förslag.[162] En viktig marknadsaspekt, som emellertid kanske inte uppfattas direkt tjäna kännetecknshavaren, bör dock vara VKs förslag om avskaffande av den materiella förprövningen av relativa registreringshinder, vilken trots ökade krav på kännetecknshavare att själva agera, torde leda till en bättre marknadsbalans inom kännetecknsområdet, inte minst i beaktande av den trängsel som i dag finns inom området för bra och väl fungerande varukännetecken (jfr ovan s. 542).

Rimligen borde också innebörden av begrepp av mer rättstekniskt slag, vilka fortfarande används inom kännetecknsrätten, såsom *särskiljningsförmåga*, *förväxlingsbarhet*, *omsättningskrets* och *egenvärde* kunna ha ändrats. Kännetecknets betydelse som reklambärare och dess funktion som reklammedium, vilken uppmärksammats under lång tid inom företagsekonomisk forskning och litteratur, förefaller delvis osynkroniserad och hittills mindre väl anpassade till det rättsliga skyddet för kännetecken. En förklaring till det kan vara att man inom kännetecknsrätten under lång tid har haft svårigheter att se kännetecknet och kännetecknsrättens semantiska bottnar och deras betydelse för definition och beskrivning av kännetecknsrättens objekt. Enligt min uppfattning, vi-

[162] Utredningen har visserligen ägnat stor möda åt geografiska ursprungsbeteckningar, men knappt någon åt hur skyddet för dem i dag ter sig totalt sett.

sar den ovan företagna undersökningen på att lagstiftaren och domstolarna har haft svårigheter med att definiera och precisera vad som avses att skyddas genom kraven på *särskiljningsförmåga*, *förväxlingsbarhet*, hindren mot *vilseledande* eller *förargelseväckande* kännetecken, förbud mot *vilseledanden om kommersiellt ursprung*, *renommésnyltning*, *misskreditering*, *kännetecknesdifferentiering* m.m. Det är osannolikt att dessa begrepp har fått stå helt opåverkade av registreringsmyndighetens och domstolarnas uppfattning av deras respektive innebörd. Tvärt om förefaller det sannolikt att de successivt har fått, i vart fall delvis, förändrad innebörd över tid och att innebörden ställts mot nya skyddsföremål och nya skyddskrav. Man kan befara att den relativa bristen på grundläggande forskning – och även judiciell praxis – inom kännetecknsrätten kan ha lett till viss petrifiering, men samtidigt torde Sveriges tillträde till den gemensamma marknaden ha medfört ett slags uppvaknande. I vissa fall är detta relativt lätt att peka på. När det gäller den svenska kännetecknens- och marknadsrätten mer generellt, är det kanske svårare att se.

Inom den marknadsföringslitteratur som behandlar varumärken tillämpas andra kriterier för vad som kan utgöra ett varumärke än vad som följer av den objektsdefinition som anges inom kännetecknsrätten. Inom marknadsföringsteori kan *de facto* även inarbetade generiska beteckningar uppfattas som varumärken när de, trots allt, skiljer sig från mängden. Här föreligger alltså en väsentlig diskrepans mellan kännetecknsrättslig begreppsbildning och kännetecknsrättens gränser å ena sidan och den kommersiella verkligheten å den andra. Ett problem kan vara den till synes bristande överensstämmelsen mellan det rättsligt skyddade kännetecknet och de uppfattningar om vad som är ett kännetecken inom marknaden. Många kännetecken som väl kan ges kännetecknsrättsligt skydd, eftersom de har särskiljningsförmåga, framstår ändå inte som särskilt väl lämpade som sådana. På motsatt sätt kan vissa tecken väl fungera som kännetecken, utan att alls kunna skyddas.

Något som visar på det komplicerade i att försöka beskriva och förklara kännetecknsrättens skyddsobjekt är hur liknande företeelser återkommer på flera håll i undersökningen och hur svårt det är att hålla skil-

da aspekter av dem isär. Ett talande exempel är *vilseledande kännetecken* rent generellt. Ett annat är *geografiska ord*, vilseledande om *geografiskt ursprung* och skyddet för *geografiska ursprungsbeteckningar*. I dessa sammanhang torde särskilt den svenska uppdelningen mellan civilrättslig varukänneteckensrätt och det marknadsrättsliga systemet bidra till svårigheterna att få ett klart grepp kring vilka rättspositioner som avses att skyddas. Kanske kan den matris som här byggts, om kännetecknets *mening* och *referens* som underlag för objektsbestämning, vara till hjälp för att strukturera rättspositionerna.

Källor

Offentligt tryck

Kommittédirektiv

Dir. 1997:118 (Översyn av den varumärkesrättsliga lagstiftningen)

Offentliga utredningar

Förslag till lag angående skydd för varumärken. Utarbetadt av de dansk-norsk-svenske kommiterade, Stockholm 1882 (cit. 1882 års motiv)
SOU 1932:32 (Betänkande med förslag till lag om vissa ändringar i förordningen angående patent m.m.)
SOU 1956:25 (Upphovsmannarätt till litterära och konstnärliga verk. Lagförslag av Auktorrättskommittén)
SOU 1958:10 (Förslag till varumärkeslag. Betänkande av Varumärkes- och firmautredningen)
SOU 1960:5 (Förslag till namnlag. Betänkande avgivet av Namnrättskommittén)
SOU 1966:71 (Otillbörlig konkurrens. Betänkande av Utredningen om illojal konkurrens)
SOU 1967:35 (Firmaskydd. Betänkande med förslag till firmalag m.m.)
SOU 1972:49 (Tryckfriheten och reklamen. Betänkande av Massmedieutredningen)

SOU 1978:9 (Ny konkurrensbegränsningslag. Betänkande av Konkurrensutredningen)
SOU 1993:59 (Ny marknadsföringslag. Slutbetänkande av Marknadsföringsutredningen)
SOU 1999:19 (Artikel 7 i EG:s varumärkesdirektiv. Ändringar i varumärkeslagen. Delbetänkande av Varumärkeskommittén)
SOU 2001:26 (Ny varumärkeslag och ändringar i firmalagen. Slutbetänkande av Varumärkeskommittén)

Ds 1992:13 (Ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m.)
Ds 1993:97 (Översyn av varumärkeslagen m.m. Madridsystemet)
Ds 1999:35 (Ändringar i marknadsföringslagen)

Propositioner

Prop. 1930:215 (Ändring i 1 och 12 §§ lagen den 5 juli 1884 om skydd för varumärken)
Prop. 1934:4 (Godkännande av konvention för skydd av den individuella äganderätten)
Prop. 1942:257 (Förslag till lag om ändring i lagen den 29 maj 1931 med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens)
Prop. 1960:167 (Förslag till varumärkeslag)
Prop. 1970:57 (Angående otillbörlig konkurrens m.m.)
Prop. 1974:4 (Ny firmalag m.m.)
Prop. 1978/79:2 (Namn och bild i reklam)
Prop. 1981/82:165 (Konkurrenslag)
Prop. 1986/87:151 (Ändringar i tryckfrihetsförordningen m.m.)
Prop. 1992/93:48 (EES-avtalet och immaterialrätten)
Prop. 1994/95:59 (Översyn av varumärkeslagen m.m. Madridsystemet)
Prop. 1994/95:123 (Ny marknadsföringslag)
Prop. 1999/2000:40 (Obeställd reklam m.m.)
Prop. 1999/2000:93 (Ändringar i varumärkeslagen)

Litteratur

Aaker, David: Building Strong Brands, Simon & Schuster, London 2002
– Managing Brand Equity – Capitalizing on the Value of a Brand Name, The Free Press, New York 1991
Aaker, David A. / Biel, Alexander L: Brand Equity & Advertising. Advertising's Role in Building Strong Brands (Advertising and Consumer Psychology), Erlbaum, Lawrence Associates, Incorporated 1993
Albinsson, Göran / Tengelin, Sten / Wärneryd, Karl-Erik: Reklamens ekonomiska roll, Almqvist & Wiksell, Stockholm 1964
Albrecht, Friedrich: Buchstaben und Zahlen im Kollisionsfall (GRUR 1996 s. 246)
Algotsson, Cecilia: Kravet på särskiljningsförmåga i ett harmoniserat Europa – svensk registreringspraxis och utvecklingen av gemenskapsvarumärket (IFIM nr 113), Stockholm 2002
Andersson, Dag / Andersson, Egon / Thompson, Jan: Filosofi för gymnasieskolan, LiberLäromedel, Stockholm 1981
Andreasen, Hardy: Varemærketen i Konkurrenceretlig Belysning. En retssammenlignende Analyse af Varemærkerettens Grundbegreber og en Fremstilling af Ejendomsretten til Varemærker, Ejnar Munksgaard, Köpenhamn 1948 (cit. Andreasen)
Arwidson, Thorulf: Produkt- och märkesdifferentiering – Analys av betydelsen av företagsekonomiska argument vid tillämpning av marknadsföringslagens generalklausul (SvJT 1978 s. 576)
Aspholm, Ingalill / Oker-Blom, Max: ”Well known marks ... and persons” – rättsdogmatiska och -ekonomiska synpunkter på välkända varumärken och ”kändisars” integritetsskydd (NIR 2000 s. 348)
AWAPATENT / BNL INFORMATION Syd AB / Interbrand: Sätt värde på ditt märke!, Kristianstad 1990
Axberger, Hans-Gunnar: Tryckfrihetens gränser, Liber, Stockholm 1984

Baumbach, Adolf / Hefermehl, Wolfgang: Warenzeichenrecht und Internationales Wettbewerbs- und Zeichenrecht, 12. neubearbeitete Aufl., C.H. Beck, München 1985 (cit. Baumbach/Hefermehl, Warenzeichenrecht)
– Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Zugabeverordnung, Rabattgesetz und Nebengesetze, 18. Aufl., C. H. Beck, München 1995 (cit. Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht)

Beier, Friedrich-Karl: Gedanken zur Verwexlungsgefahr und ihrer Feststellung im Prozess (GRUR 1974 s. 514)
Beier, Friedrich-Karl / Schricker, Gerhard (ed.): From GATT to TRIPs: the agreement on trade related aspects of intellectual property rights, IIC studies Vol. 18, VCH, Weinheim 1996
Bellander, Jan-Peter: Vilseledande om geografiskt ursprung (IFIM nr 30), Stockholm 1985
Bergström, Svante: Kodakdoktrinen i gällande svensk rätt (NIR 1975 s. 166)
Bernitz, Ulf: Den nya svenska marknadsföringslagen, särskilt skyddet för näringsidkare mot efterbildning (NIR 1996 s. 128)
– Direktivet om jämförande reklam och dess genomförande i Norden (NIR 1998 s. 185)
– En ny svensk marknadsföringslag (Vennebog til Mogens Koktvedgaard 1993 s. 417)
– Internationell marknadsrätt, Marknadsrättsförlaget, Stockholm 1986
– Marknadsföringslagen, Juristförlaget, Stockholm 1997
– Marknadsföringslagen och känneteckensskyddet (NIR 1975 s. 179)
– Marknadsrätt, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlag Stockholm 1969 (cit. Marknadsrätt)
– Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare, Norstedts Juridik (IFRF nr CLI), Stockholm 1993
– Svensk marknadsrätt, 2 rev. uppl., Juristförlaget, Stockholm 1986
– Svensk marknadsrätt, 3 uppl., Juristförlaget, Stockholm 1991 (cit. Svensk marknadsrätt)
– Svensk och internationell marknadsrätt 2 uppl., Marknadsrättsförlaget, Stockholm 1973
– Vilseledande om kommersiellt ursprung (Festskrift till Kurt Grönfors, Norstedts Juridik, Stockholm 1991 s. 51)
– Åberopande av annans varumärke i marknadsföring (NIR 1981 s. 41)
Bernitz, Ulf / Karnell, Gunnar, / Pehrson, Lars, / Sandgren Claes: Immaterialrätt 4 uppl., Juristförlaget 1993
– Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens, 8 uppl., Stockholm 2004 (cit. Immaterialrätt)
Bernitz, Ulf / Kjellgren, Anders: Europarättens grunder, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2002
Bernitz, Ulf / Modig, Jonas / Mallmén, Anders: Otillbörlig marknadsföring, Stockholm 1970, (cit. Otillbörlig marknadsföring)

Bernitz, Ulf / Pehrson, Lars: Problemet märkesdifferentiering (NIR 1978 s. 190)
Bertrand, André R: De la marque notoire à la marque de ”haute renommée” (Revue du droit de la propriété intellectuelle 44 1992 s. 11)
Björnheden, Kajsa: Bokstavsmärkens särskiljningsförmåga. Kommentar till Regeringsrättens avgörande den 24 oktober 2003 (R1) (NIR 2004 s. 197)
Borgenhäll, Håkan: Reparation vid varumärkesintrång (NIR 2000 s. 153)
Bowallius, Marie-Louise / Toivo, Michael: Mäktiga märken. Varumärken och etik ur ett designhistoriskt perspektiv (Holger/Holmberg (red.), Identitet – om varumärken, tecken och symboler, Nationalmuseum/Raster Förlag, Stockholm 2002 (cit. Identitet) s. 13)
Bruus, Morten: Beskyttelse af renommerede varemærker – en streg i sandet? (NIR 2004 s. 23)

Carlson, Per: Något om den svenska varumärkeskommitténs arbete (NIR 1998 s. 580)

Dölling Anders: Jämförande reklam – Sverige och Europa (IFIM nr 84), Stockholm 1996

Eberstein, Gösta: Bidrag till läran om namn och firma enligt svensk rätt, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1909 (cit. Läran om namn och firma)
– Några synpunkter om ordskyddet i svensk varumärkesrätt (TfR 1910 s. 409)
– Några varumärkesrättsliga spörsmål, Stockholm 1915
– Om firma- och varumärkesintrång samt illojal reklam (Festskrift tillägnad Nils Stjernberg, P. A. Norstedt & Söner, Stockholm 1940 s. 72)
– Om förhållandet mellan firma och varumärke (NIR 1952 s. 16)
– Om konflikter mellan inbördes självständiga immaterialrättigheter (NIR 1964 s. 93)
– Om skydd för individualiteten – den personliga och den ekonomiska, P. A. Norstedt & Söner, Stockholm 1940 (cit. Om skydd för individualiteten)

Eklöf, Dan: Upphovsrätt i konkurrens – särskilt om tvångslicensiering, Stockholm 2004
Ekman, Arne: Om soldatnamn (Genos 1954 s. 1)
Ericsson, Britt-Marie, Namnlagen. Namnskick och namnrätt med lagkommentarer, Liber, Stockholm 1983

Essén, Eric W: Firmarätt, 3 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1998 (cit. Essén)

Fejø, Jens: Monopolret og marked. Studier i EF-konkurrenceretten med US-amerikansk antitrustret som sammenligningsgrundlag og med støtte i markedsøkonomisk grundteori, Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, Köpenhamn 1985
Fezer, Karl-Heinz: Markenrecht, 2 Aufl., Beck'sche Kurz-Kommentare, München 1999 (cit. Fezer)
Fiske, John: Kommunikationsteorier. En introduktion, Wahlström & Wistrand, Stockholm 1984 (cit. Fiske)
Frege, Gottlob: Ausführungen über Sinn und Bedeutung (Hermes/Kambartel/Kaulbach (Hrsg.), Nachgelassene Schriften, Felix Meiner Verlag, Hamburg 1969 s. 128) (Gottlob Frege, Skrifter i urval i översättning av Daniel Birnbaum och Sven-Olof Wallenstein, Thales, Stockholm 1995 s. 72)
– Om mening och betydelse (Gottlob Frege, Skrifter i urval i översättning av Daniel Birnbaum och Sven-Olof Wallenstein, Thales, Stockholm 1995 s. 34) (cit. Frege)
– Über Begriff und Gegenstand (Vierteljahrschrift für wissenschaftliche Philosophie vol. 16 1892 s. 192
– Über Sinn und Bedeutung, Ztschr. f. Philos. u. philosos. Kritik, NF 100, 1892, s. 25 ff. (omtryckt i Patzig (Hrsg.), Funktion, Begriff, Bedeutung. Fünf logishe Studien, V&R, Göttingen 1994 s. 40)

Gallup, George: A Guide to Public Opinion Polls, Princeton University Press, Princeton 1948
Gardiner, Alan: The Theory of Proper Names. A Controversial Essay, 2nd. ed., Oxford University Press, London 1954
Gervais, Daniel: The TRIPS Agreement: drafting history and analysis 2nd. ed., Sweet & Maxwell, London 2003
Gielen, Charles: European Trade Mark Legislation: The Statements (EIPR 1996 s. 83)
Gómez Segade, José Antonio: Unterschiedungskraft und „Secondary Meaning" im Kennzeichenrecht (GRUR Int. 1995 s. 944)
Gregersen m.fl: Klasspråk. Sciolingvistik & utbildning. En antologi, Gidlunds, Östervåla 1976 (cit. Klasspråk)

Grundén, Örjan: Skyddet för kända och ansedda kännetecken. Dags för debatt om rättsskyddets förutsättningar och gränser (NIR 1995 s. 227)
Grünberger, Johannes: Rechtliche Probleme der Markenparodie unter Einbeziehung amerikanishen Fallmaterials (GRUR 1994 s. 246)
– Markenschutz gegen Parodie im Amerikanischen Recht (GRUR Int. 1992 s. 425)
Gunnarsson, Per: Renommésnyltning och otillbörligt goodwillutnyttjande – utifrån ett näringsidkarperspektiv, Stockholm (IFIM nr 63) 1992 (cit. Renommésnyltning)
Götting, Horst Peter: Die Entwiklung des Markensrechts vom Persönlichkeitsrecht zum Immaterialgüterrecht (Aktuelle Herausforderungen des geistigen Eigentums. Festgabe von Freunden und Mitarbeitern für Friedrich-Karl Beier zum 70. Geburtstag, Carl Heymanns Verlag, München 1996)
– Persönlichkeitsrecht als Vermögensrechte, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen, 1995

Haertel, Kurt: 10 Jahre europäisches Patentübereinkommen
Halén, Torsten: Aktuell svensk namnrätt (NIR 1988 s. 402)
Hallberg, Peter: Litterär teori och stilistik, 3 uppl., Akademiförlaget, Stockholm 1983
Hansen, Knud: Retsbeskyttelse af betegnelser for landbrugsprodukter og levnedsmiddler (UfR 1997 s. 447)
Heiding, Sture: Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken, Almqvist & Wiksell, Uppsala 1946 (cit. Heiding)
Henning-Bodewig, Frauke / Kur, Annette: Marke und Verbraucher. Funktionen der Marke in der Marktwirtschaft, Band 1, Grundlagen, Weinheim 1988 (cit. Marke und Verbraucher)
Herre, Johnny: Den ömkansvärde konsumenten (Festskrift till Gunnar Karnell, Jure, Stockholm 1999 s. 285)
Heude, Rémi-Pierre: ”L’image de marque”, 2me edition, Eyrolles, Paris 1990 (cit. Heude)
Holmqvist, Lars: Begreppet förvärvad distinktivitet i svensk varumärkesrätt (Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Nerenius & Santerus, Stockholm 1993 s. 279)
– Bokstavsmärkens och siffermärkens särskiljningsförmåga (NIR 1996 s. 44)

– Degeneration of Trade Marks. A Comparative Study of the Effects of Use on Trade Mark Distinctiveness, Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlag, Malmö 1971 (cit. Degeneration of Trade Marks)
– Ett spörsmål om slagord kontra ordmärken (NIR 1987 s. 329)
– Immaterialrätt i teori och praktik (Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund nr. 62, Lund 1983 s. 5)
– Om inarbetning av varukännetecken (NIR 1975 s. 255)
– Varans form som kännetecken (NIR 1987 s. 43)
– Varumärkens särskiljningsförmåga, Stockholm, Norstedts Juridik (IFRF nr CLXV), 1999 (cit Varumärkens särskiljningsförmåga)
– Varumärkeslagens registrerbarhetskriterier och begreppet frihållningsbehov (NIR 1992 s. 8)

Husserl, Edmund: Fenomenologins idé, 2 uppl., Daidalos, Göteborg 1995

Håkansson, Per: Beyond Private Label – The Strategic View on Distributor Own Brands, EFI, Stockholm 2000

Håkansson, Per / Wahlund, Richard: Varumärken: från teori till praktik, Fonden för Handels- och Distributionsforskning, Ekonomiska Forskningsinstitutet, Stockholm 1996 (cit. Varumärken: från teori till praktik)

Höglund, Olle: Namnlagen. En kommentar, 2 uppl., Norstedts Juridik (NGB), Stockholm (cit. Namnlagen)

Isaac, Der Schutz des Namens nach den Reichsgesetzen, Berliner In. Diss. 1899

Jespersen, Otto: The philosophy of grammar, George Allen & Unwin, London 1924

Johansson, Svante: Bolagsstämma, Juristförlaget, Stockholm 1990

Karlgren, Hans: Kommersiella namn, Handlingar från NORNA:s nittonde symposium i Göteborg. NORNA-rapporter 56 s. 63, Uppsala 1991

Karlgren, Hans / Brodda, Benny: Trade-Mark Similarity Check by Computer, Språkförlaget Skriptor, Stockholm 1968

Karnell, Gunnar: Aspekter på ”ommärkning” och ”påfyllning” med SODASTREAM-avgörandet som utgångspunkt (JT 1989/90 s. 642)

– En genteknoligiskt vitaliserad patenträttsfossil? – Förbudet mot patentering av ”uppfinningar vars utnyttjande skulle strida mot goda seder eller allmän ordning” (NIR 1990 s. 179)

Kapferer, Jean-Noël: Les marques, capital de l'entreprise, Les éditions d'organisation, Paris 1991 (cit. Kapferer)
Kedner, Gösta / Roos, Carl Martin / Skog, Rolf: Aktiebolagslagen 5 uppl., (NGB), Stockholm 1996
Keller, Kevin Lane: Strategic Brand Management. Building, Measuring, and Managing Brand Equity, Prentice Hall, New Jersey 1998 (cit. Keller)
Klein, Naomi: No Logo: Taking aim at the brand bullies, Picador, New York 1999 (cit. No Logo)
Knaak, Roland: Demographische Umfragen in der praxis des Wettberwerbs- und Warenzeichenrecht 1986
– Der Schutz geographicher Angaben nach dem TRIPS-Abkommen (GRUR Int. 1995 s. 642)
Knoph, Ragnar: Åndsretten, Nationaltryckeriet, Oslo 1936 (cit. Åndsretten)
Kobbernagel, Jan: Kodakdoktrinen (NIR 1951 s. 73)
– Kodakdoktrinen. En diskussion vid sjunde mötet för industriellt rättsskydd i Oslo 1951 (NIR 1952 s. 33)
– Konkurrencens retlige regulering I, Harck, Handelshøjskolen i København. Skriftrække F, Skrifter fra Instituttet for salgsorganisation og reklame 24, Köpenhamn 1957
– Konkurrencens retlige regulering II. Mærkeretten, Harck, Handelshøjskolen i København. Skriftrække F, Skrifter fra Instituttet for salgsorganisation og reklame 24, Köpenhamn 1961 (cit. Kobbernagel II)
Koestler, Arthur: The act of creation, Arkana, London 1989
– Insight and outlook. An inquiry into the common foundations of science, art and social ethics, London 1949
Kohler, Josef: Das Recht des Markenschutzes, Würzburg 1885
– Das Individualrecht als Namenrecht (Archiv für Bürgerliches Recht 1889 s. 77)
– Warenzeichenrecht, J Bensheimer, Mannheim und Leipzig 1910
Koktvedgaard, Mogens: I begyndelsen var ordet… (TfR 1987 s. 317)
– Konkurrenceprægede immaterialretspositioner. Bidrag til læren om de lovbestemte enerettigheder og deres forhold til den almene konkurrenceret, Juristforbundets Forlag, Köpenhamn 1965 (cit. Immaterialretspositioner)
Koktvedgaard, Mogens / Levin, Marianne: Lärobok i immaterialrätt, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 1993
– Lärobok i immaterialrätt, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2003 (cit. Koktvedgaard/Levin)

Koktvedgaard, Mogens / Wallberg, Knud: Varemærkesloven og Fællesmærkeloven, 2. udgave Jurist- og Økonomiforbundets Forlag, Köpenhamn 1998 (cit. Koktvedgaard/Wallberg)
Kotler, Philip / Armstrong, Gary: Marketing Management. The Millenium Edition, Prentice Hall, New Jersey 2000
– Principles of Marketing, Third European Edition, Pearson Education Limited, Harlow Essex 2001
– Principles of Marketing, Fifth Edition, Prentice-Hall International Editions, Englewood Cliffs N.J. 1991 (cit. Principles of Marketing)
Kunz-Hallstein, Hans Peter: Ähnlichkeit und Verwexlungsgefahr – Überlegungen zur Auslegung des neuen Markengesetzes (GRUR 1999 s. 6)
Kur, Annette: Die notorisch bekannte Marke im Sinne von 6bis PVÜ und die „bekannte Marke“ im Sinne der Markenrechtrichtlinie (GRUR 1994 s. 330)
– Die vergleichende Werbung in Europa: Kurz vor dem Pyrrhus-Sieg (Vennebog til Mogens Koktvedgaard, Nerenius & Santerus, Stockholm 1993)
– Harmonization of the Trademark Laws in Europe – An Overview (IIC 1997 s. 1)
– Kända märkens skydd mot renommésnyltning – på väg mot en ny dimension inom varumärkesskyddet? (NIR 1988 s. 134)
– Well-Known Marks, Highly Renovated Marks and Marks Having a (High) Reputation – What is it All About (IIC 1992 s. 218)
Köhler, Helmut / Piper, Henning: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Preisangabenverordnung. Kommentar, Verlag C. H. Beck, München 2002

Landes, William M. / Posner, Richard A: The Economic Structure of Intellectual Property Law, The Belknap Press of Harward University, Massachusett 2003
– Trademark Law: An Economic Perspective, Journal of Law & Economics, Vol. 30 1987 s. 265
Levin, Benny: Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens, Glerups, Lund 1944
Levin, Marianne: Anmärkung zum Beschluß des Patentbeschwerdegerichts vom 23. April 1999 (GRUR Int. 2000 s. 1024)
– En ny nordisk känneteckensrätt inför 2000-talet (NIR 1994 s. 516)

– Gränslöst svårt med mat och inte minst med vin och sprit i det nya Europa (Bergstedt m.fl., Maträtt, 2:a utökade upplagan, Juristförlaget Stockholm, 1994 s. 47)
– Kommentar till PBR dom den 23 april 1999 (Tulosba Akdov) (NIR 2001 s. 327)
– ”Made in Sweden”. Vilket skydd behövs i dag för geografiska ursprungsbeteckningar? Juristförlaget, Stockholm 1990 (cit. ”Made in Sweden”)
– Noveller i Varumärkesrätt, Juristförlaget, Stockholm 1991 (cit. Noveller)
– Om förväxlingsbara och icke förväxlingsbara varumärken i ljuset av EG-rätten (Festskrift till Gunnar Karnell, Jure, Stockholm 1999 s. 425)
– Skyddet utanför varuslagslikhetsgränserna (NIR 1995 s. 464)
– Varumärkesparodier och annan lek med annans kännetecken i ljuset av den nya Kodakregeln (SvJT 1992 s. 705)
– Varumärkesrättsligt ”designskydd” ur ett svenskt perspektiv (NIR 1996 s. 297)

Levin, Marianne / Wessman, Richard (red.): Varumärkesrättens grunder – II kursen i Experimentell immaterialrätt, 1996, Juristförlaget, Stockholm 1997 (cit. Varumärkesrättens grunder)

Lidgard, Hans Henrik: Parallellhandel. Konsumtion av immaterialrätt i Europa och USA, Norstedts Juridik (IFRF nr CLXXX), Stockholm 2002 (cit. Parallellhandel)

Lindstrand, Klas m.fl: Frisör, Amendesign, Stockholm 2002

Linell, Per: Människans språk, Liber, Malmö 1990

Ljungman, Seve: Några reflexioner kring den nya firmalagen och dess förhållande till varumärkesrätten (NIR 1974 s. 384)

Lund, Berndt: Norsk domspraksis efter den norske varemerkeloven av 2. juli 1910 (NIR 1932 s. 31)

Lundahl, Anders: Freges filosofi, Nya Doxa, Nora 1994

Lunell, Erika: Dofter och ljud som föremål för varumärkesrätt – några kommentarer kring ”Sieckmann-fallet” (NIR 2003 s. 124)

Madsen, Palle Bo: Markedsret. Del 2, 4. udgave, Jurist- og Økonomforbundets forlag, Köpenhamn 2002 (cit. Markedsret)

Mark-Wogau, Konrad: Filosofisk uppslagsbok, 3e väsentligt omarbetade upplagan, Doxa, Lund 1984

Martenius, Åke: Konkurrenslagstiftningen, Norstedts (NGB), Stockholm 1985

Maunsbach, Ulf: Kan domännamn utgöra domsrättsgrundande egendom? (NIR 2002 s. 357)
Mayer, Anneliese / Mayer, Ralf Ulrich: Imagetransfer, SPIEGEL-Verlag Rudolf Augustein GmbH & Co. KG, Hamburg 1987 (cit. Imagetransfer)
McClure, Daniel M.: Trademarks and Unfair Competition: A Critical History of Legal Thought (69 TMR 1976 s. 305)
Melin, Frans: Varumärkesstrategi. Om konsten att utveckla starka varumärken, Liber, Malmö 1999 (cit. Varumärkesstrategi)
– Varumärket som strategisk tillgång, Malmö, 1997 (cit. Varumärket som strategisk tillgång)
Melin, Frans / Urde, Mats: Varumärket – en hotad tillgång, Liber, Malmö 1990
Michael, Bernd M.: Die Marke ist tot. Es lebe die Marke (MA 1994 s. 22)
Micklethwait, John / Wooldridge, Adrian: Global. Reportage från en värld i förändring, Timbro, Stockholm 2001
Mietzel, Jan Gerd / Groening, Björn: ”Freedom is nothing but a chance to be better” – .se as an example for the liberalised ccTLD (NIR 2003 s. 260)
Mill, John Stuart: A system of logic ratiocinative and inductive. Being a connected view of the principles of evidence and the methods of scientific investigation. Vol. 1, Longman, London 1872
Mollerup, Per: The Marks of Excellence. The History and Taxonomy of Trademaks, Phaidon, New York 1998 (cit. The Marks of Excellence)
– Varumärkets historia (Holger/Holmberg (red.), Identitet – om varumärken, tecken och symboler, Nationalmuseum/Raster Förlag, Stockholm 2002 (cit. Identitet) s. 29)
Momberg, Derek / Ashton, Arthur: Strategy in the use of intellectual property. A guide to managing business’ most valuable asset, Gerundive Press, Hong Kong 1986 (cit. Momberg/Ashton)
Morcom, Christoffer / Roughton, Ashley / Graham, James: The Modern Law of Trade Marks, Butterworths, London 1999 (cit. The Modern Law of Trade Marks)
Mostert, Frederick W.: Famous and Well-Known Marks, Butterworths, London, Dublin, 1997 (cit. Mostert)
Murphy, John M.: Brand Strategy, Director Books, Exeter 1990 (cit. Murphy)

Nial, Håkan: Om klanderbara och ogiltiga bolagsstämmobeslut, Stockholm 1934

– Om rätt till märkt emballage, särskilt inom bryggeri- och läskedrycksbranschen (Festskrift till Gösta Eberstein, P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1950 s. 212)
Nilsson-Stjernquist, Per: Föreningsfirmans funktion, Glerups, Lund 1950
Nitter, Petter G.: Geografiske opprinelsesbetegnelser – i grenseflaten mellom forbrukervern, konkurranseret og kjennetegnsrett (Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Universitetsforlaget, Oslo 1997 s. 763)
Norberg, Sven: Jämförelser i reklam (NIR 1966 s. 77)
Nordell, Per Jonas: Att åberopa, använda, begagna eller utnyttja annans varukännetecken (NIR 1992 s. 482)
– Champagnesmak! Kommentar till MD 2002:20 (NIR 2003 s. 93)
– Juridiken i varumärkets tjänst (Holger/Holmberg (red.), Identitet – om varumärken, tecken och symboler, Nationalmuseum/Raster Förlag, Stockholm 2002 (cit. Identitet) s. 93)
– Kommentar till NJA 1998 s. 474 (Volvoservice) (NIR 1998 s. 760)
– Marknadsföringens öppenhetskrav – reklamidentifiering och sändarangivelse (SvJT 1999 s. 846)
– Marknadsrättens goodwillskydd, MercurIUS, Stockholm 2003 (cit. Marknadsrättens goodwillskydd)
– Renommésnyltning i Marknadsdomstolen (JT 1999-2000 s. 651)
– Skyddet för kommersiellt särpräglade utstyrslar i svensk känneteckens- och marknadsrätt (NIR 1998 s. 205)
– Upphovsrättsligt skydd för kännetecken (NIR 2002 s. 103)
– Varumärkesanvändning och yttrandefrihet. Kommentar till NJA 2003 s. 25 (Tre Kronor) (NIR 2003 s. 408)
– Åberopande av annans kännetecken – ett decennium senare (Festskrift till Ulf Bernitz/NIR, 2001 s. 103)
Nöth, Winfried: Handbook of Semiotics, Indiana University Press, Bloomington 1990

Ohly, Ansgar / Spence, Michael: The Law of Comparative Advertising: Directive 97/55/EC in the United Kingdom and Germany, Hart Publishing, Oxford 2000 (cit. Ohly/Spence)
– Vergleichende Werbung: Die Auslegung der Richtlinie 97/55/EG in Deutschland und Großbritannien (GRUR Int. 1999 s. 681)

Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, 57., neubearbetete Auflage, Beck'sche Kurz-Kommentare, München 1998

Paul, Hermann: Prinzipien der Sprachgeschichte. 9., unveränd. Aufl., Nimeyer, Tübingen 1975

Pawlo, Mikael: Användningstvånget i svensk varumärkesrätt (NIR 1998 s. 4)

– Domännamnets juridiska status (NIR 1999 s. 146)

– En Tandlös tiger. En kritisk analys av införandet av användningstvånget i svensk varumärkesrätt, Stockholm 1997 (stencil)

– Kommentar till Svea hovrätts dom den 5 juni 2001 (Gillette) (NIR 2002 s. 437)

– Nya regler för tilldelning av domännamn under .se (NIR 2003 s. 253)

Peczenik, Alexander: Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, Fritzes, Stockholm 1995 (cit. Vad är rätt?)

Pehrson, Lars: Chevy-målet. EG-domstolen tolkar anseendeskyddet i varumärkesdirektivet (JT 1999-2000 s. 421)

– EG och immaterialerätten. Gemenskapsrättens inverkan på nationell immaterialrätt, Juridiska Fakulteten i Stockholm skriftserien nr 4, Juristförlaget, Stockholm 1985

– Ett spörsmål om den rätta förståelsen av Kodak-doktrinen (NIR 1986 s. 79)

– Förhållandet mellan immaterialrätten och konkurrensbegränsningsrätten inom EG, EES och Sverige (Vennebog til Mogens Koktvedgaard, N&S, Stockholm 1993 s. 385)

– Kodakregeln och renommésnyltning (NIR 1989 s. 522)

– Möjligheten att åberopa annans varumärke vid marknadsföring av reparationer (JT 1998-99 s. 390)

– Varumärken från konsumentsynpunkt, Liber, Stockholm 1981 (cit. Varumärken från konsumentsynpunkt)

– Varumärkesrätt för tekniskt motiverade utstyrslar (Ånd og Rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen, Universitetsforlaget, Oslo 1997 s. 805

Persson, Gunnar: Exklusivitetsfrågan. Om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt, Norstedts Juridik, Stockholm 2002 (cit. Exklusivitetsfrågan)

Pierce, Charles Sanders: Collected Papers, Harvard University Press, Cambridge, Mass. 1931

Pickering, C. D. G: Trade Marks in Theory and Practice, Hart Publiching, London 1998 (cit. Pickering)

Plogell, Michael: Produktansvarets relation till varumärkeslicensrätten (NIR 1995 s. 76)

Randes, Thomas: Kommentar (NIR 1998 s. 125)
Regnéll, Hans: Semantik, 2 uppl., Läromedelsförlagen, Stockholm 1971 (cit. Regnéll)
Riehle, Gerhard: Markenrecht und Parallelimport, Ferdinand Enke Verlag, Stuttgart 1968 (cit. Riehle)
Riis, Thomas: Forretningskendtegn og varemærker med egenværdi (NIR 2000 s. 18)
Rodhe, Knut: Aktiebolagsrätt, 18 uppl., Norstedts, Stockholm 1999
Rosén, Jan: Domännamn; med- eller motspelare till känneteckensrätten på nätmarknaden? (Festskrift till Ulf Bernitz/NIR 2001 s. 143)
– Kännetecknens goodwillskydd – från anseendevärde till uppmärksamhetsvärde i svensk känneteckens- och marknadsrätt (Festskrift til Mogens Koktvedgaard, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 2003)
Rothine, Warwick A: Parallel Imports, Sweet & Maxwell, London 1993
Ruijsenaars, Heijo (ed.): Character Merchandising in Europe, Kluwer Law International, London 2003

Sack, Rolf: „Doppelidentität" und „gedankliches Inverbindungbringen" im neuen deutschen und europäischen Markenrecht (GRUR 1996 s. 664)
– Irreführende Werbung mit wahren Angaben (GRUR 1996 s. 461)
– Sonderschutz bekannter Marken (GRUR 1995 s. 81)
Salomäki, Johanna: Nya typer av varumärken – registrerbarheten av färg, lukt och ljud som EG-varumärken (IFIM nr. 121), Stockholm 2003
Sandegren, Erik: Om förväxlingsbar likhet mellan aktieblagsfirmor enligt svensk praxis (NIR 1933 s. 88)
Sandström, Staffan: Konkurrensrätt och de legala ensamrätterna – Ny svensk konkurrenslag (NIR 1982 s. 444)
– de Saussure, Ferdinand: Course in General Linguistics, Fontana/Collins, London 1974 (1915)
Schechter, Frank I: The Rational Basis of Trademark Protection (40 Harvard Law Review 1927 s. 813)
Schluep, Walter R: Das Markenrecht als subjektives Recht, Verlag für Recht und Gesellschaft, Basel 1964 (cit. Schluep)
Schlüter, Franz: Warenzeichen mit Doppelsinn (MA 1967 s. 159)

Schneider, Martin: Schuzumfang der Marke. Zum Einfluss von Kennzeichnungskraft und Bekanntheitsgrad auf berühmte, bekannte, starke und swache Marken (Schweizeriche Mitteilungen über Immaterialgüterrecht 1993 s. 397)

Schramm: Das Namenrecht, Erlanger In. Diss. 1897

Schovsbo, Jens: Grænsefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, Jurist-og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn 1996

– Kommentarer til Højesterets dom af 28.8. 2003 og Sø- og Handelsrettens dom af 4.6. 2003 (NIR 2004 s. 83)

Segerdahl, Pär: Språkteorier och språkspel. Fem moderna språkteorier ur en Wittgensteininspirerad synvinkel, Studentlitteratur, Lund 1998

Sigurd, Bengt: Språk i arbete, Wahlström & Wistrand, Stockholm 1973

– Språk och språkforskning, Studentlitteratur, Lund 2000

Sjölin, Jan-Gunnar: Den surrealistiska erfarenheten. Upplevelsen. En tolkning av surrealistisk åskådning, Kalejdoskop, Malmö 1981

Stenvik, Are: Kommentar til Høyesteretts dom 11. april 2002 (GOD MORGON)

Strom, Anne-Hilde / Engh, Einar: Imaterialrettsligt vern av forretningsmetoder, Festskrift till Ulf Bernitz/NIR s. 23

Strömberg, Håkan: Tryckfrihet och marknadsföring (SvJT 1980 s. 25)

Stuckel, Marc: Die Integrität von Marke, Ware und Verpackung. Rechtfragen des Markenartikelvertriebs in Frankreich und Deutschland, Carl Heymanns Verlag, München 1991

Stuevold Lassen, Birger: Kodakregeln (NIR 1989 s. 536)

– Oversikt over norsk varemerkerett, annen utgave, Universitetsforlaget, Oslo 1997 (cit. Oversikt)

Stuyck, Jules: Product Differentation in Terms of Packaging presentation, Advertising, Trade Marks, etc. An assessment of the legal situation regarding pharmaceuticals and certain other consumer goods, Kluwer, Deventer 1983 (cit. Product Differentation)

Sund-Norrgård, Petra: Domännamnstvister och ond tro. En rättslig analys av UDRP, särskilt med tanke på begreppet ond tro i artikel 4.a.iii, Swedish School of Economics and Business Administration Research Reports 56, Helsingfors 2002

Svensson, Carl Anders / Stenlund, Anders / Brink, Torsten / Ström, Lars-Erik: Praktisk marknadsrätt, 7 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2002 (cit. Praktisk marknadsrätt)

Swann, Jerry B. / Davies, Theodore H.: Dilution, an Idea Whose Time Has Gone; Brand Equity as Protectible Property, the New/Old Paradigm (84 TMR 1994 s. 267)
Synnerstad, Karin: Marknadsundersökningar som bevismedel i varumärkesrättsliga mål och ärenden (IFIM nr 65), Stockholm 1992 (cit. Synnerstad)
Söderlund, Magnus: Den lojala Kunden, Liber Ekonomi, Malmö 2001
– Den nöjda kunden. Kundtillfredsställelse – orsaker och effekter, Liber Ekonomi, Malmö 2000 (cit. Den nöjda kunden)

Tengelin, Sten: Inarbetning av kännetecken. Tolkningsproblem och undersökningsmetoder (NIR 1975 s. 371)
Tiili, Virpi: Om varumärkets funktioner (NIR 1970 s. 240)
Tillmann, Winfred: Richtlinie verglechende Werbung (GRUR 1997 s. 790)
Tisell, Henrik: Om varumärkesskydd och varumärken, Lund 1913 (cit. Tisell)
Torreman, Paul: The Likliehood of Association of Trade Marks: An Assessment in the Light of the the Recent Case Law of the Court of Justice (Intellectual Property Quarterly 1998 s. 295)
af Trampe, Peter: Språkbrukaren och orden, Studentlitteratur, Lund 1990
Troller, Alois: Wesen und Unwesen der Marke (Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstatg 4. September 1965, C.H. Beck, München 1965 s. 291)

Uggla, Claës: Degeneration av varumärken (NIR 1955 s. 24)
– Ett spörsmål om den rätta förståelsen av Kodak-doktrinen (NIR 1985 s. 558)
– Några synpunkter på förväxlingsskyddet för varumärken (NIR 1975 s. 382)
Urde, Mats: Märkesorientering. Utveckling av varumärken som strategiska resurser och skydd mot varumärkesdegeneration, Lund University Press, Lund 1997 (cit. Märkesorientering)

Vanzetti, Adriano: Funktion und Rechtsnatur der Marke (GRUR Int. 1965 s. 128)

Wedberg, Anders: Filosofins historia. Från Bolzano till Wittgenstein, Bonniers, Stockholm 1966 (cit. Wedberg)
Wellander, Erik: Riktig svenska, 4., omarb. uppl., Esselte studium, Solna 1982
Werkman, Casper J: Trademarks, Their Creation, Psychology and Perception: Longman, Amsterdam 1974 (cit. Werkman)

Wessman, Richard: Anmerkung zum Besluß des Obersten Gerichthofs vom 20. November 1995 (GRUR Int. 1997 s. 1016)
– Det varumärkesrättsliga kravet på särskiljningsförmåga i EU (NIR 2002 s. 16)
– EG-domstolens gradering av varumärkesrättens omfång (NIR 2000 s. 639)
– Förväxlingsläran under förändring i Europa (NIR 1998 s. 486)
– Kodakdoktrinen under förändring. Angående den nya 6 § 2 st Varumärkeslagen (NIR 1993 s. 202)
– Varumärkeskonflikter. Förväxlingsskydd i varumärkesrätten, akademisk avhandling, Norstedts Juridik, Stockholm 2002 (cit. Varumärkeskonflikter)
Westman, Sophia: Ompaketering och utnyttjande av annans varumärke – en studie av parallellimport av läkemedel (IFIM nr 111), Stockholm 2001 (cit. Ompaketering)
Wijkström, Filip / Whenmark, Johan: Symboler som skyddar liv. Om emblem, symboler och ideologi samt Röda Korsets utmaningar lokalt och globalt (Holger/Holmberg (red.), Identitet – om varumärken, tecken och symboler, Nationalmuseum/Raster Förlag, Stockholm 2002 (cit. Identitet) s. 161)
Wittgenstein, Ludwig: Anmärkningar om färger, Thales, Stockholm 1996 (1977)
– Filosofiska undersökningar, Thales, Stockholm 1992 (1953)
– Tractatus Logico Philosophicus, Doxa, Helsingborg, 1982 (1961) (cit. Tractatus)
v. Wright, Georg Henrik: Logik, filosofi och språk. Strömningar och gestalter i modern filosofi, Bokförlaget Nya Doxa, Nora 1993 (omtryck) (cit. v. Wright)

v. Zweigbergk, Åke: Service-merkens og forrettningsslagordens rettslige stilling (NIR 1952 s. 77)

Åberopad rättspraxis

Högsta domstolen

NJA 1887 A 288 (Dynamite) 362
NJA 1916 B 493 (Dunlop) 368
NJA 1925 s. 340 (Salamander) 182
NJA 1926 s. 383 (Björn) 375
NJA 1929 s. 44 (Tenax) 44
NJA 1932 s. 463 = NIR s. 66 (Lejonmärket) 276
NJA 1932 A 575 44 = NIR 1932 s. 68 (Wilco) 44
NJA 1933 s. 418 (Omega) 414, 425
NJA 1936 s. 118 (Mc Cormick Deering) 408
NJA 1944 s. 298 = NIR 1943-44 s. 204 (Törsleffco) 554
NJA 1946 s. 648 = NIR 1947 s. 130 (Stockholms Allmänna Hypoteksförening) 285
NJA 1946 s. 651 = NIR 1947 s. 132 (Kerma-Carma) 554
NJA 1946 s. 767 (Skidfrämjandet) 396
NJA 1949 s. 368 = NIR 1949 s. 266 (S:s) 554
NJA 1959 s. 497 = NIR 1960 s. 121 (Lättbetonghus) 286 f.
NJA 1961 s. 590 = NIR 1961 s. 217 (Adam och Eva) 552 ff.
NJA 1967 s. 458 = NIR 1968 s. 404 (Polycolor) 416 f., 420
NJA 1970 s. 308 = NIR 1971 s. 91 (Maskinservice Aktiebolaget Filip) 287 f.
NJA 1973 s. 717 = NIR 1974 s. 173 (Vänerskog) 291 ff.
NJA 1974 s. 403 (Skotten i Dallas) 294 f.
NJA 1977 s. 415 = NIR 1978 s. 230 (Quinny) 274
NJA 1976 s. 130 (Marinkonsult) 188, 285
NJA 1977 s. 751 (Helgextra II) 434

NJA 1979 s. 121 = NIR 1979 s. 382 (BiC) 255, 264, 277 f., 280, 385, 538, 551, 556
NJA 1982 s. 307 = NIR 1983 s. 320 (Mäklarbanken II) 356
NJA 1985 s. 194 = NIR 1985 s. 624 (EF) 288
NJA 1985 s. 563 = NIR 1985 s. 592 (Gullmarstrand) 291 ff.
NJA 1988 s. 183 = NIR 1989 s. 76 (Sodastream) 105, 409
NJA 1988 s. 209 = NIR 1988 s. 464 (Arlanda) 365 f.
NJA 1988 s. 543 = NIR 1989 s. 233 (Levi's I) 404, 417
NJA 1989 s. 854 = NIR 1990 s. 273 (Securitas) 306
NJA 1990 s. 469 = NIR 1992 s. 140 (Silva) 297, 304, 306, 315, 317, 376, 384
NJA 1991 s. 23 = NIR 1990 s. 667 (Gatt) 270
NJA 1991 s. 209 (Måleriproduktion) 197
NJA 1992 s. 491 (Ell) 211
NJA 1992 s. 633 = NIR 1992 s. 699 (Friskis & Svettis) 304, 336 ff., 565
NJA 1995 s. 635 = NIR 1996 s. 373 (Galliano I) 312, 320 f., 325, 331
NJA 1998 s. 179 (Netscape) 404, 420, 548, 556
NJA 1998 s. 474 = NIR 1998 s. 758 (Volvoservice) 402, 420
NJA 1999 s. 3 (Vakuumplast) 286
NJA 1999 s. 749 = NIR 2000 s. 108 (Gustafsson) 435
NJA 2003 s. 25 = NIR 2003 s. 402 (Tre Kronor) 401, 435
NJA 2003 s. 163 (Jägarbrännvin) 279 f., 539 f., 556

Hovrätterna

Svea hovrätt dom den 19 november 1937 = SvJT 1940 ref. s. 5 (Ramlösa) 353 f., 466, 564
Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 21 oktober 1964 = NIR 1969 s. 418 (Volkswagen I) 408
Hovrätten för Västra Sverige dom den 12 november 1965 = NIR 1969 s. 424 (Volkswagen II) 408
Hovrätten för västra Sverige dom den 1 november 1983 (Swedish Tanners) 342
Hovrätten för övre Norrland dom den 3 april 1984 = NIR 1985 s. 479 (Big Max) 272
Svea hovrätt dom den 27 november 1981 = NIR 1984 s. 123 (Budget) 187

Hovrätten över Skåne och Blekinge dom den 19 juni 1985 = NIR 1985 s. 597 (Scan II) 273
Svea hovrätt dom den 24 juni 1987 = NIR 1989 s. 82 (Blend) 304 f., 336
Göta hovrätt dom den 3 september 1999 (Levi's II) 419
Svea hovrätt dom den 5 juni 2001 = NIR 2002 s. 430 (Gillette) 409
Hovrätten för Västra Sverige dom den 6 juni 2001 (Dotchecker) 214

Tingsrätterna

Göteborgs RR dom den 3 februari 1965 = NIR 1965 s. 273 (4711) 304, 334
Uppsala TR dom den 11 december 1980 = NIR 1981 s. 421 (Mazda) 403, 474 f., 564
Gävle TR dom den 3 februari 1994 (Adidas) 418
Stenungsunds TR dom den 1 juli 2001 (Volvo-Tuning) 374
Malmö TR dom den 1 oktober 1974 (Marknadsundersökning) 380

Regeringsrätten

RÅ 1911 not. Ju. 46 (Solstrålen) 281, 335, 338
RÅ 1916 not. Ju.19 (Tre-Konunga-Mötet i Malmö 1914) 357
RÅ 1921 not. H. 70 (Grammofon) 362
RÅ 1936 not. H. 12 = NIR 1936 s. 184 (Carborundum I) 368
RÅ 1963 not. H. 42 = NIR 1963 s. 224 (The Swedish Radio & Television Corporation Aktiebolag) 563
RÅ 1939 not. H. 78 = NIR 1940 s. 85 (Rätt blötlagd till hälften tvättad) 243
RÅ 1944 not. H. 7 = NIR 1943–44 s. 207 (Dentaletten) 87
RÅ 1944 not. H. 47 = NIR 1943–44 s. 207 (Mycell) 87
RÅ 1947 not. H. 51 = NIR 1947 s. 216 (Jeep) 215, 368
RÅ 1947 not. H. 52 = NIR 1947 s. 216 (Jeepster) 215
RÅ 1965 not. H. 23 = NIR 1965 s. 358 (Svarte Rudolf) 295
RÅ 1966 ref. 14 = NIR 1966 s. 165 (Philishave)
RÅ 1966 ref. 10 = NIR 1968 s. 134 (IH) 304
RÅ 1966 not. H. 20 = NIR 1967 s. 136 (White Owl) 283, 335
RÅ 1966 not. H. 35 = NIR 1968 s. 236 (Mölnlycke) 225
RÅ 1967 ref. 14 = NIR 1968 s. 240 (Valentine) 258

RÅ 1968 ref. 23 = NIR 1968 s. 415 (Dr Pepper) 344
RÅ 1968 not. H. 35 (Antara) 283
RÅ 1969 not. H. 52 = NIR 1970 s. 109 (Tvätteriernas inköpscentral) 344, 445
RÅ 1970 ref. 32 = NIR 1971 s. 328 (Ljunglöfs) 380
RÅ 1970 not. H. 24 (Elisabeth of Sweden) 269
RÅ 1971 not. H. 27 (Borrhackan) 378
RÅ 1971 not. H. 29 (California) 348
RÅ 1971 not. H. 31 (Imagination) 280
RÅ 1971 not. H. 54 = NIR 2002 s. 217 (Beacon) 281
RÅ 1971 not. H. 61 (Chantilly) 220
RÅ 1971 not. H. 62 = NIR 1973 s. 100 (Windsor Door) 220, 350
RÅ 1971 not. H. 79 (Mayfair) 283
RÅ 1971 not. H. 94 (Thermoservice) 378
RÅ 1972 ref. 21 = NIR 1973 s. 348 (The Lion) 268
RÅ 1972 ref. 62 = NIR 1972 s. 112 (Svelast) 269
RÅ 1972 not. A 68 (Teamix) 269
RÅ 1972 not. H. 51 = NIR 1973 s. 110 (NK) 275 f., 335
RÅ 1974 ref. 21 = NIR 1974 s. 320 (Smokeless) 218
RÅ 1974 not. A 318 = NIR 1974 s. 323 (Hiab Elefant) 276, 335
RÅ 1974 not. A 1911 (Fix) 282
RÅ 1976 ref. 400 (Jesus) 357
RÅ 1977 Ab 215 (Vi Båtägare) 337, 563
RÅ 1978 2:48 = NIR 1980 s. 256 (Airbus A 300 B) 220
RÅ 1978 2:95 (Opium) 344, 357
RÅ 1979 Ab 341 (Mäster) 274
RÅ 1979 Ab 464 (Windsurfer) 220
RÅ 1979 Ab 546 (Borro) 255, 259
RÅ 1980 Ab 97 (Tiger) 276, 335
RÅ 1980 2:46 (China Seas) 347 f.
RÅ 1981 Ab 68 (Thermoscreen) 259 f.
RÅ 1981 Ab 190 (Scan I) 273
RÅ 1983 2:29 = NIR 1985 s. 491 (Magnetman) 273
RÅ 1983 Ab 145 (Youngster) 275
RÅ 1984 2:2 = NIR 1985 s. 622 (Ceralux) 273, 383
RÅ 1984 2:11 = NIR 1985 s. 619 (Omega) 304
RÅ 1984 2:64 = NIR 1985 s. 612 (Apple) 179, 355
RÅ 1984 2:71 = NIR 1985 s. 621 (Angelo Litrico Roma) 347 f.

RÅ 1984 Ab 20 (Maxicom) 283
RÅ 1984 Ab 48 (Solaris) 270
RÅ 1984 Ab 124 (Scan I) 290
RÅ 1984 Ab 141 (Puma) 281
RÅ 1985 Ab 8 (Chesterfield) 220, 234
RÅ 1985 Ab 9 (Alron) 270
RÅ 1986 not. 278 (Telenet) 270
RÅ 1986 not. 369 (Diskhaler) 260
RÅ 1987 ref. 48 = NIR 1987 s. 394 (Mågott) 244
RÅ 1987 ref. 100 II (Immateriellt Rättsskydd) 210
RÅ 1987 not. 49 (Qualigraph) 256
RÅ 1987 not. 505 = NIR 1987 s. 319 (WordPerfect) 195
RÅ 1988 ref. 12 (Scan III) 307
RÅ 1988 ref. 107 (Apollo) 355 f.
RÅ 1988 ref. 130 (Canasta) 263 f.
RÅ 1988 not. 163 (Philips) 271
RA 1990 ref. 84 = NIR 1990 s. 486 (Talsignals tonhöjd)
RÅ 1990 ref. 85 = NIR 1992 s. 135 (Skolabbet) 217
RÅ 1991 ref. 10 = NIR 1992 s. 136 (MTV) 255, 274 f.
RÅ 1993 not. 492 (God Morgon) 332, 334
RÅ 1997 not. 17 (Peaudouce) 214, 220
RÅ 1999 ref. 20 (L 10) 229 f.
RÅ 2001 ref. 14 I = NIR 2001 s. 120 (SAF) 313
RÅ 2001 ref. 14 II = NIR 2001 s. 120 (Champis) 313
RÅ 2003 ref. 26 = NIR 2004 s. 95 (Parmigiano Reggiano) 219
RÅ 2003 ref. 74 = NIR 2004 s. 193 (R1) 229, 231

Besvärsavdelningen / Patentbesvärsrätten

Besvärsavd. mål 108/1963 (Martin Brinkmann-Texas) 347 f.
Besvärsavd. mål 12/1964 = NIR 1964 s. 86 (Kosta) 234
Besvärsavd. mål 7/1965 (Sprite I) 343
Besvärsavd. mål 10/1965 (Sprite II) 343
Besvärsavd. mål 21/1965 (Reten) 343
Besvärsavd. mål 59/1965 (Nice Change) 217
Besvärsavd. mål 107/1967 (Jeep) 368

Besvärsavd. mål 37/1968 (Waterford) 234
Besvärsavd. mål 59/1968 (J) 227
Besvärsavd. mål 38/1969 (Conceal) 217
Besvärsavd. mål 42/1969 (Bally) 382
Besvärsavd. mål 64/1969 (Ö) 227
Besvärsavd. mål 153/69 (Tend) 280
Besvärsavd. mål 102/1969 (Carborundum II) 368
Besvärsavd. mål 181/1969 (Phenyalin) 280
Besvärsavd. mål 185/1969 (Limerick) 234
Besvärsavd. mål 26/1971 (Z) 227
Besvärsavd. mål 105/1971 (Eurocontrol) 344, 445
Besvärsavd. mål 163/1971 (I) 227
Besvärsavd. mål 62/1974 (Torr och glad) 218
Besvärsavd. mål 69/1974 (EVE) 304
Besvärsavd. mål 72/1974 (Weisses Rössl) 281
Besvärsavd. mål 156/1978 (Djurombudsmannen) 344, 445

PBR mål 91-019 (Back-Supporter) 217
PBR mål 91-084 (Münchener Bayerskt Lageröl) 348
PBR mål 91-091 (Cat's Comfort) 217
PBR mål 92-593 (Chrysler Monaco) 348 f., 351
PBR mål 93-135 (Säkra) 195
PBR mål 93-407 (König-Pilsener) 355
PBR mål 93-433 (After dinner) 211
PBR mål 94-278 (Dakota) 351
PBR mål 94-466 (A way of living) 195
PBR mål 94-546 (Leningrad Cowboys) 349
PBR mål 94-688 (Herba Medica) 195
PBR mål 95-68 (Jaïpur) 349, 351
PBR mål 95-237 (Oddset) 195
PBR mål 95-253 (Australian Gold) 347, 351
PBR mål 96-484 (McPizza) 271
PBR mål 96-611 (Vichy) 366
PBR mål 96-837 = NIR 2000 s. 479 (Kea!) 276 f.
PBR mål 97-042 (SÅAB) 278 f.
PBR mål 97-065 = NIR 2001 s. 323 (Tulosba Akdov) 322 f., 325, 335, 339, 389

PBR mål 97-271 = NIR 1998 s. 336 (Svenska lantägg) 195
PBR mål 97-310 = NIR 2000 s. 476 (Solut Water) 335
PBR mål 97-385 (Taxikurir) 195
PBR mål 97-400 (Falu Ljus Rödfärg) 452
PBR mål 97-404 (Falu Ockra) 452
PBR mål 97-424 = NIR 1998 s. 124 (Tryckta tröjor behöver inte kosta skjortan) 246
PBR mål 97-494 = NIR 1998 s. 124 (The value of working together) 246
PBR mål 97-570 (Panini) 219
PBR mål 97-648 = NIR 2000 s. 477 (Brelett) 270, 274, 332, 334
PBR mål 98-038 (Santa Monica) 349, 351
PBR mål 98-097 = NIR 1998 s. 122 (RSL) 229
PBR mål 98-202 (Aspen) 350 f.
PBR mål 98-236 (Hästens) 195
PBR mål 98-512 (Hummel) 291
PBR mål 99-004 (Champagne solglasögon) 315 f.
PBR mål 99-028 (Kexchoklad) 195, 570
PBR mål 00-028 (Asia Med) 351
PBR mål 00-334 (Alaska) 237 f., 351
PBR mål 00-244 (LC) 231

Marknadsdomstolen

MD 1972:8 (Svensk Rättshjälp) 445, 578
MD 1973:15 = NIR 1973 s. 462 (Axelssons Gymnastiska Institut) 456, 578
MD 1974:5 (Blomin) 353 442, 480, 505
MD 1974:12 (Exonyl Miljö) 445, 578
MD 1974:23 (Helgextra I) 434
MD 1975:18 (Scandinavian Touring) 468, 565
MD 1975:27 (Vingresor) 565
MD 1976:18 = NIR 1976 s. 410 (SparKronan) 456, 564, 578
MD 1976:19 = NIR 1976 s. 410 (Philip Morris) 443
MD 1977:1 (Vivo-Favör) 434
MD 1977:13 (BP) 565
MD 1977:22 = NIR 1978 s. 137 (Alcro) 499 ff., 578
MD 1977:26 (Mäklarbanken I) 446, 578

MD 1978:3 (New Hair) 445, 578
MD 1979:25 (Svenska Riksinsamlingen) 445, 578
MD 1980:1 (Linden-Alimak) 439
MD 1981:4 (Electrolux) 499 ff., 578
MD 1982:14 (Lasses färg) 467 f.
MD 1982:17 (Levi's) 104
MD 1983:3 (Ajax I) 441 f., 461 ff., 480
MD 1983:4 (Ur och Penn) 104
MD 1983:8 (Luxor) 495
MD 1983:18 (Weekendpressen) 463, 563
MD 1983:22 (St Louis Light) 449
MD 1983:23 (Bigxon Pro) 442 f., 480
MD 1984:7 (Guldkedjan) 104
MD 1984:16 (Comvik II) 506
MD 1984:17 (Race & Cruising) 464 f., 563
MD 1985:11 (Marlboro) 336, 480, 485, 509
MD 1985:21 (Rockwool) 495
MD 1985:26 (Svecia Commerce) 494
MD 1987:6 (Svensken) 356, 449
MD 1987:10 (Pre-Glandin) 474 f., 481 f., 495, 506 ff., 564
MD 1987:11 (Armani) 336, 475, 481, 494, 507, 564
MD 1987:12 = NIR 1989 s. 94 (Inteckningsbörsen) 566
MD 1987:30 = NIR 1989 s. 98 (Select) 463, 508
MD 1988:6 (Klorin I) 442, 462 f., 566
MD 1988:12 = NIR 1989 s. 105 (CEH 10) 565
MD 1988:13 (Alkalion) 565
MD 1988:19 = NIR 1989 s. 168 (Globen) 433 f., 480
MD 1989:9 (Svita) 78, 456 f.
MD 1990:2 (Bobcat) 505, 566
MD 1990:3 (Liljeholmen) 442, 458
MD 1990:5 (Aloe) 442, 494, 505, 566
MD 1990:26 (Hedbergs Guld & Silver I) 467
MD 1991:4 (Hedbergs Guld & Silver II) 104
MD 1991:14 (Sko Kanonen) 104
MD 1992:1 (Hedbergs Guld & Silver III) 104
MD 1993:1 (Dansk Droge) 494
MD 1993:8 (Barometern) 495

MD 1993:9 (Boss) 481, 495
MD 1993:26 (Hemglass) 480
MD 1993:27 (Lap Power) 480, 495
MD 1994:22 (Mathallen) 494
MD 1994:27 (Klorin II) 442, 458
MD 1994:29 (FöretagsFakta) 494
MD 1995:7 (Sandbergs Trygghetsprodukter) 494
MD 1995:9 (Knorr) 442
MD 1995:23 (Kupolhus) 480
MD 1995:29 (Super-Ego) 480
MD 1996:1 (Ajax II) 442, 461
MD 1996:3 (Galliano II) 442, 452 f., 458, 482
MD 1996:18 (Seiko) 494
MD 1996:19 (IAMS Pet Food) 494
MD 1999:21 (Robinson) 482 ff., 486, 488, 507, 509 f., 525, 544
MD 2000:25 (Hästens I) 485, 525, 561
MD 2001:15 (Svenska Spel) 526
MD 2001:16 (Hästens II) 485, 526
MD 2001:21 = NIR 2002 s. 331 (Guldäggstävlingen) 436, 458 f., 486 f., 510, 525 f., 561
MD 2001:22 (UR ABSO Bull) 442
MD 2001:26 = NIR 2002 s. 331 (Falu Rödfärg) 146, 446 f., 451, 455, 486, 626, 561
MD 2001:28 (Telia InfoMedia) 496 f.
MD 2002:10 = NIR 2002 s. 332 (Hygglo) 487 f., 561, 565
MD 2002:20 = NIR 2003 s. 82 (Champagnesmak!) 446, 459, 471, 488, 525 f., 574
MD 2002:24 (Hästens III) 485
MD 2002:28 = NIR 2003 s. 98 (Santa Maria) 441
MD 2002:33 (Hästens IV) 485, 489
MD 2003:3 (Hästens V) 485
MD 2003:13 = NIR 2003 s. 488 (Mora Knäcke) 450 ff., 455, 573, 579
MD 2003:25 = NIR 2003 s. 499 (Ullared) 78, 452 ff., 456, 507, 526, 573 f.

Näringsfrihetsrådet

NFR 1963:6 (Master) 105

Näringsfrihetsombudsmannen

NO dnr 92/1957 (Wasabröd) 104
NO beslut 1983-01-04 = PoK 1983/2 s. 67 (Sodastream I) 105
NO beslut 1985-12-09 = PoK 2/1986 s. 35 (Sodastream II) 106

Danmark

U 1923 s. 315 (H) (Grammofon) 362
U 1997 s. 253 (H) (McAllan) 272
U 2003 s. 2400 (H) = NIR 2004 s. 75 (Smarties) 517

U 1942 s. 914 (S) (Nylon) 362
U 1960 s. 468 (S) (Deres) 219
SH dom den 20 oktober 1987 = NIR 1990 s. 250 (Lacoste) 270
SH dom den 19 september 1997 (McMoon) 272
U 1998 s. 102 9 (S) = NIR 2000 s. 418 (AMW) 325, 335
U 1999 s. 531 (Ø) = NIR 2001 s. 242 (Melitta) 374
U 2003 s. 2166 (S) = NIR 2004 s. 81 (Bodum) 517

Finland

Högsta förvaltningsdomstolen = NIR 1934 s. 149 (Leijona-Lejon) 276

Norge

Rt. 1995 s. 1908 = NIR 1996 s. 351 (Mozell) 242
Rt. 1998 s. 1315 = NIR 1999 s. 573 (Norges-Is) 225

Rt. 2002 s. 391 = NIR 2002 s. 313 (God Morgon) 206

Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 8. april 1975 i sak nr. 4320 = NIR 1977 s. 420 (Hydro) 384
Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 17. mars 1998 i sak nr. 6736 = NIR 2000 s. 285 (Linguaskill) 217
Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 15. september 1998 i sak nr. 6779 = NIR 1999 s. 727 (Høy standard) 205
Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 21. oktober 1998 i sak nr. 6777 = NIR 1999 s. 732 (GAIA) 129
Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 21. oktober 1998 i sak nr. 6822 = NIR 1999 s. 733 (Extra!) 177, 205
Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 13. september 1999 i sak nr. 6867 = NIR 2000 s. 285 (Isomax) 273
Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 8. desember 1999 i sak nr. 6657 = NIR 2000 s. 95 (Metropol) 257
Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 8. maj 2000 i sak nr. 7030 = NIR 2001 s. 279 (Erfurt) 236
Kjennelse av Patentstyrets 2. avdeling 10. juli 2000 i sak nr. 6823 (McMoon) 272, 324

Storbritannien

Singer Mfg. Co. v. Wilson (1875), 2 Ch. D. 434; 3 App. Cas. 376 (Singer) 362
Reddaway v. Banham (RPC 1896 s. 218) (Kamelhår) 164
Eastman Photographic Materials Co. Ltd v. John Griffiths Cycle Corp. Ltd (RCP 1898 s. 105) 301
Wagamama Ltd v. City Centre Restaurants Plc. (FSR 1995 s. 713) (Wagamama) 377

Tyskland

BGH GRUR 1952 s. 35 (Ardia/Widia) 151
BGH GRUR 1959 s. 182 (Quick/Glück) 151
BGH GRUR 1966 s. 30 (Konservenzeichen I) 151

BGH GRUR 1983 s. 247 (Rolls-Royce) 478
BGH GRUR 1991 s. 609 (SL) 377
BGH GRUR 1997 s. 221 (Canon) 226

LG Elberfeld GRUR 1924 s. 204 (Odol) 369

Förenta staterna

Singer Mfg. Co. v. June Mfg. Co. (1896), 163 U.S. 169 (Singer) 362
American Thermos Products Company v. Alladin Industries, Inc.; 207 F Supp. (D. Conn. 1962) (Thermos) 362
Mead Data Cent., Inc. v. Toyota Motor Sales, U.S.A., 875 F.2d 1026, 1031, 10 U.S.P.Q. 2d 1961 (2nd Cir. 1989) 370
Panavision Int'l, L.P. v. Toeppen, 945 F. Supp. 1296, 1304, 40 U.S.P.Q.2d (BNA) 1908, 1914 (C.D. Cal. 1996) 370
Hormel Foods Corp. v. Jim Henson Prod., Inc., 73 F.3d 497, 506, 37 U.S.P.Q. 2d 1516 (2nd Cir. 1996) 371

EG-domstolen

Mål 16/74 den 31 oktober 1974 (Centrafarm) 88
Mål 119/75 den 22 juni 1976 (Terranova) 89
Mål 102/77 den 23 maj 1978 (Hoffman-La Roche) 84, 88 f., 405, 421 ff.
Mål 94/82 den 17 mars 1983 (De Kikvorsch) 439
Mål C-362/88 den 7 mars 1990 (GB-INNO-BM) 438, 560
Mål C-10/89 den 17 oktober 1990 (Hag II) 89
Mål C-238/89 den 13 december 1990 (Pall) 438, 560
Mål C-126/91 den 18 maj 1993 (Yves Rocher) 438, 560
Mål C-315/92 den 2 februari 1994 (Verband Sozialer Wettbewerb) 438, 560
Mål C-9/93 den 22 juni 1994 (Ideal Standard) 89
Mål C-456/93 den 29 juni 1995 (Langguth) 438, 560
Mål C-470/93 den 6 juli 1995 (Mars) 438, 560
Mål C-313/94 den 26 november 1996 (Graffione) 439
De förenade målen den 11 juli 1996 C-427/93, C-429/93 och C-436/93 (Bristol-Mayers Squibb) 95, 421 ff.

Mål C-337/95 den 4 november 1997 (Dior) 94 f., 419 f., 581
Mål C-251/95 den 11 november 1997 (Sabel) 199, 253, 257, 267, 326, 328, 334, 377, 382
Mål C-210/96 den 16 juli 1998 (Gut Springenheide och Tusky) 200, 378, 379, 437 ff., 560
Mål C-39/97 den 29 september 1998 (Canon) 89, 151, 253, 266 f., 269, 279, 312, 326, 377, 382
Mål C-63/97 den 23 februari 1999 (BMW) 392, 412, 414, 476
De förenade målen C-289/96, C-293/96 och C-299/96 den 16 mars 1999 (Feta) 366 f.
De förenade målen C-108/97 och C-109/97 den 4 maj 1999 (Chiemsee) 191 f., 206, 220, 235, 237, 254, 379, 397
Mål C-342/97 den 22 juni 1999 (Lloyd) 192, 199, 206, 253, 257, 262, 266 f., 269, 334, 382, 546
Mål C-375/97 den 14 september 1999 (Chevy) 310 f., 314, 320, 330, 382
Mål C-379/97 den 12 oktober 1999 (Upjohn) 421 f.
Mål C-425/98 den 22 juni 2000 (Adidas) 328
Mål C-312/98 den 7 november 2000 (Warsteiner) 346 f.
Mål C-299/99 den 18 juni 2001 (Philips) 84, 405 f.
Mål C-383/99 den 20 september 2001 (Baby-dry) 178, 221 ff.
Mål C-112/99 den 25 oktober 2001 (Toshiba) 440, 476 f., 490 f., 560
Mål C-443/99 den 23 april 2002 (Merck) 89, 421 f.
Mål C-143/00 den 23 april 2002 (Boehringer) 421 f.
Mål C-2/00 den 14 maj 2002 (Hölterhoff) 405 f.
Mål C-104/00 den 19 september 2002 (Companyline) 223 f.
Mål C-206/01 den 12 november 2002 (Arsenal) 84, 404 f.
Mål C 273/00 den 12 december 2002 (Siekmann) 101
Mål C-100/02 den 7 januari 2003 (Gerolsteiner Brunnen) 392 f.
Mål C-292/00 den 9 januari 2003 (Davidoff) 327, 382, 490, 560
Mål C-291/00 den 20 mars 2003 (LTJ Diffusion) 254, 313
Mål C-191/01 den 23 oktober 2003 (Doublemint) 223
Mål C-408/01 den 23 oktober 2003 (Adidas) 328 f., 382, 560

Förstainstansrätten

Mål T-135/99 den 31 januari 2001 (Cine Action) 224

Mål T-136/99 den 31 januari 2001 (Cine Comedy) 224
Mål T-331/99 den 31 januari 2001 (Giroform) 224
Mål T-345/99 den 26 oktober 2000 (Trustedlink) 224
Mål T-32/00 den 5 december 2000 (Electronica) 224
Mål T-24/00 den 31 januari 2001 (Vitalite) 224
Mål T-87/00 den 5 april 2001 (Easybank) 224
Mål T-359/99 den 7 juni 2001 (EuroHealth) 224
Mål T-357/99 den 14 juni 2001 (Universal) 205, 224
Mål T-140/00 den 3 oktober 2001 (New Born Baby) 224
Mål T-219/00 den 27 februari 2002 (Ellos) 215, 219, 542
Mål T-355/00 den 20 mars 2002 (Tele Aid) 224
Mål T-358/00 den 20 mars 2002 (Truckcard) 224
Mål T-323/00 den 2 juli 2002 (SAT.2) 224
Mål T-360/00 den 9 oktober 2002 (UltraPlus) 224
Mål T-106/00 den 27 februari 2002 (Streamserve) 224
Mål T-130/01 den 5 december 2002 (Real People Real Solutions) 224 f.

Åberopade lagrum i den svenska varumärkeslagen (1960:644) enligt dess lydelse år 2004

1 § Genom registrering enligt denna lag förvärvas ensamrätt till ett varumärke såsom särskilt kännetecken för varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet.

Ett varumärke kan bestå av alla tecken som kan återges grafiskt, särskilt ord, inbegripet personnamn, samt figurer, bokstäver, siffror och formen eller utstyrseln på en vara eller dess förpackning, förutsatt att tecknen kan särskilja varor som tillhandahålls i en näringsverksamhet från sådana som tillhandahålls i en annan.

Vad som sägs i denna lag om varor skall gälla även tjänster.

Om kollektivmärken finns särskilda bestämmelser.

Med gemenskapsvarumärken avses varumärken enligt rådets förordning (EG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken. *140, 175, 204, 226 f., 247, 250, 319, 413*

2 § Även utan registrering förvärvas ensamrätt till ett varumärke, då märket har blivit inarbetat.

Genom inarbetning förvärvas ensamrätt också till andra särskilda varukännetecken som används i en näringsverksamhet.

Ett kännetecken anses inarbetat, om det här i landet inom en betydande del av den krets till vilken det riktar sig är känt som beteckning för de varor som tillhandahålls under kännetecknet. *183, 197, 212, 243 f., 250, 250, 319, 413, 416*

3 § Var och en får i näringsverksamhet, under förutsättning att det är i överensstämmelse med god affärssed, som kännetecken för sina varor, använda
- sitt släktnamn, sin adress eller sin firma, eller
- uppgifter om varornas art, kvalitet, kvantitet, avsedda ändamål, värde och geografiska ursprung, tidpunkten för deras framställande eller andra egenskaper hos varorna.

Näringsidkare har också skydd enligt denna lag mot att deras släktnamn, adress eller firma av andra obehörigen används som varukännetecken. *288, 391 ff., 413*

4 § Rätten till ett varukännetecken enligt 1–3 §§ innebär, att annan än innehavaren inte får i näringsverksamhet använda ett därmed förväxlingsbart kännetecken för sina varor, vare sig på varan eller dess förpackning, i reklam eller affärshandling eller på annat sätt, däri inbegripet också muntlig användning. Vad som nu sagts skall gälla oavsett om varan tillhandahålls eller är avsedd att tillhandahållas här i landet eller utomlands eller också hit införs. Är i fall som avses i 2 § kännetecknet inte inarbetat i hela landet, gäller rätten endast inom det område där kännetecknet är inarbetat.

Som otillåten användning enligt första stycket anses, att någon vid tillhandahållande av reservdel, tillbehör eller liknande, som lämpar sig för annans vara, åberopar dennes kännetecken på sådant sätt, att det kan ge sken av att vad som tillhandahålls kommer från kännetecknets innehavare eller av att denne medgett kännetecknets användning. *74, 102, 250, 319, 321, 394, 398, 402, 409, 418, 424, 472, 475, 492*

4 a § Rätten till ett varukännetecken enligt 1 3 §§ hindrar inte att någon annan än innehavaren använder kännetecknet för varor som innehavaren, eller någon med innehavarens samtycke, under kännetecknet fört ut på marknaden inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

Första stycket gäller dock inte när varornas skick har förändrats eller försämrats sedan de förts ut på marknaden eller när det finns någon annan skälig grund för innehavaren att motsätta sig användningen. *88, 395, 413 f., 424 ff., 472*

5 § Ensamrätt till varukännetecken innefattar icke sådan del av kännetecknet, som huvudsakligen tjänar att göra varan eller dess förpackning mera ändamålsenlig eller eljest att fylla annan uppgift än att vara kännetecken. *47, 537*

6 § Kännetecken anses förväxlingsbara enligt denna lag endast om de avser varor av samma eller liknande slag.

Förväxlingsbarhet kan även åberopas till förmån för ett kännetecken som är väl ansett här i landet, om användningen av ett annat liknande kännetecken skulle dra otillbörlig fördel av eller skulle vara till förfång för det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende. *46, 91, 140, 265 f., 298, 300, 305, 307 ff., 312 ff., 321 ff., 331, 336, 384, 397, 426, 489 f., 492, 508, 527, 543 f., 547 f., 559*

8 § Rätten till ett registrerat varumärke kan, med avseende på de varor för vilka det har använts, bestå vid sidan av en äldre rätt till ett förväxlingsbart kännetecken, om registreringen sökts i god tro och innehavaren av den äldre rätten under fem år i följd har varit medveten om och funnit sig i användning här i landet av det registrerade varumärket. *174, 250*

9 § Har kännetecken inarbetats, må rätt därtill bestå vid sidan av äldre rätt till förväxlingsbart kännetecken, såframt innehavaren av den äldre rätten icke inom rimlig tid inskridit mot användningen av det yngre kännetecknet. *174, 250*

13 § Ett varumärke får registreras endast om det har särskiljningsförmåga. Ett märke som uteslutande eller med endast mindre ändring eller tillägg anger varans art, beskaffenhet, mängd, användning, pris eller geografiska ursprung eller tiden för dess framställande, skall inte i och för sig anses ha särskiljningsförmåga. Vid bedömande av om ett märke har särskiljningsförmåga skall hänsyn tas till alla omständigheter och särskilt till den omfattning och den tid märket varit i bruk.

Som varumärke får inte registreras kännetecken som uteslutande består av en form som följer av varans art eller en form som krävs för att uppnå ett tekniskt resultat eller en form som ger varan ett betydande värde. *177 f. 193, 195, 202, 211 f., 216, 225 f., 231, 240, 250, 349, 351, 537, 558*

14 § Ett varumärke får inte registreras:

1) om i märket utan tillstånd tagits in sådan statlig eller internationell beteckning eller sådant kommunalt vapen, som enligt lag eller författning inte får obehörigen brukas som varumärke, eller också något som lätt kan förväxlas därmed;

2) om märket är ägnat att vilseleda allmänheten;
3) om märket på annat sätt strider mot lag eller författning eller allmän ordning eller är ägnat att väcka förargelse;
4) om märket innehåller eller består av något, som är ägnat att uppfattas som annans firma eller som annans släktnamn, konstnärsnamn eller likartat namn eller annans porträtt, där namnet eller porträttet uppenbarligen inte åsyftar någon sedan länge avliden;
5) om märket innehåller något, som är ägnat att uppfattas som titel på annans skyddade litterära eller konstnärliga verk, där titeln är egenartad, eller kränker annans upphovsrätt till litterärt eller konstnärligt verk eller annans rätt till fotografisk bild eller mönster;
6) om märket är förväxlingsbart med ett namn eller en firma som någon annan använder i en näringsverksamhet, med någon annans varumärke som är registrerat efter tidigare ansökan eller med någon annans varukännetecken som är inarbetat då ansökan om registrering görs;
7) om märket är förväxlingsbart med ett varukännetecken som vid tiden för ansökan används av någon annan samt ansökan gjorts med vetskap om detta och sökanden inte använt sitt märke innan det andra kännetecknet togs i bruk;
8) om märket är förväxlingsbart med ett varumärke som omfattas av en internationell varumärkesregistrering som gäller i Sverige och i fråga om vilket den dag som avses i 55 § andra stycket ligger före tiden för ansökningen; eller
9) om märket är förväxlingsbart med ett gemenskapsvarumärke som innehas av någon annan och är registrerat efter en tidigare ansökan.

Är märket förväxlingsbart med ett gemenskapsvarumärke som är registrerat efter en senare ansökan, föreligger hinder mot registrering, om innehavaren av gemenskapsvarumärket kan för detta märkes del göra anspråk på ett äldre varumärkes företräde enligt rådets förordning om gemenskapsvarumärken och det äldre varumärket är registrerat efter en tidigare ansökan. Detta gäller även om det äldre varumärket inte har vidmakthållits eller förnyats.

I fall som avses i första stycket 9 och andra stycket kan, även om märkena inte avser varor av samma eller liknande slag, förväxlingsbarhet åberopas till förmån för ett gemenskapsvarumärke som är väl ansett i gemenskapen, om användningen av ett annat liknande varumärke skulle dra otillbörlig fördel av

eller skulle vara till förfång för det väl ansedda gemenskapsvarumärkets särskiljningsförmåga eller anseende.

I fall som avses i första stycket 4–9 samt andra och tredje styckena får registrering ske, om den vars rätt är i fråga medger det och det inte i övrigt finns hinder enligt första stycket. *40, 87, 138, 178 f., 209, 233, 250 f., 256, 291, 295, 314 f., 323, 339, 341, 347 ff., 356, 558*

25 § Har ett varumärke registrerats i strid mot denna lag och föreligger alltjämt skälet mot registrering, får registreringen hävas i den ordning som föreskrivs nedan, om inte rätt till märket ändå får bestå enligt 8 eller 9 §. Är ett registrerat varumärke förväxlingsbart med någon annans varumärke, får dock registreringen av det förstnämnda varumärket inte hävas på denna grund, om det andra varumärket inte uppfyller kraven på användning enligt 25 a §.

Registreringen får också hävas, om märket

1) är vilseledande,
2) inte längre har någon särskiljningsförmåga,
3) strider mot allmän ordning, eller
4) är ägnat att väcka förargelse.

Att registreringen får hävas även vid utebliven användning av varumärket framgår av 25 a §. *250, 341*

25 a § Har innehavaren av ett registrerat varumärke inte inom fem år efter det att registreringsförfarandet avslutats gjort verkligt bruk av varumärket här i landet för de varor som det registrerats för eller har sådant bruk inte skett inom en period av fem år i följd får registreringen hävas, om det inte finns giltiga skäl till att varumärket inte använts.

Med sådant bruk som avses i första stycket likställs

1) att varumärket används i en annan form än den registrerade formen, om avvikelsen avser endast detaljer och inte förändrar märkets egenartade karaktär, och
2) att varumärket här i landet anbringas på varor eller deras emballage endast för exportändamål.

Med att ett varumärke används av rättighetshavaren likställs vid tillämpningen av denna lag att varumärket används av någon annan med rättighetshavarens samtycke.

Registreringen får dock inte hävas, om varumärket har använts under tiden mellan utgången av femårsperioden och ansökan om hävning av registreringen. Användning som påbörjas eller återupptas efter femårsperiodens utgång och inom tre månader före ansökan om hävning skall emellertid lämnas utan avseende, om förberedelserna för att påbörja eller återuppta användningen vidtogs efter det att rättighetshavaren fått kännedom om att en ansökan om hävning kunde komma att göras. *174, 250, 357*

35 § Om varukännetecken, efter överlåtelse eller sedan licens därtill upplåtits, är vilseledande i den nye innehavarens eller licenstagarens hand, äger domstol i den omfattning som finnes påkallat vid vite förbjuda honom att använda kännetecknet.

Sådant förbud må ock eljest meddelas, där varukännetecken är vilseledande eller innehavare av varukännetecken eller annan med hans medgivande använder kännetecknet på sådant sätt, att allmänheten vilseledes.

Talan enligt denna paragraf må föras av myndighet som regeringen bestämmer, så ock av envar som lider förfång av kännetecknets användning ävensom av sammanslutning av berörda näringsidkare. *46, 52 f., 56, 87, 102, 233, 341, 342, 527*

Kännetecknsregister

4711 120, 140, 334,
4712 334
6-Korn – 10 frishe Eier 438

Aalborgs Akvavit 193, 212
Absolut 205, 535
Absolut Vodka 193, 212, 322 f., 335, 388
Adam 552
Adam och Eva 552 ff.
Adam, Harry Lönnquist 552
Adidas 328 f., 418, 560
After Dinner 211
AGI 456
Ahhaaa 497
Airbus A 300 B 220
Ajax 442, 461 ff.
Aktiebolaget Adam och Eva 552
Aktiebolaget Lättbetonghus, Werner Jansson 286 f.
Aktuell Rapport 435
Alaska 237 f., 351
Albin 122
Alcro 270, 499 ff.
Alcro Trälack 499
Alcro-Beckers 486
Aloe 494
Alron 270
Altria 530, 81
Amoco Cadiz 521
Ampère 139
AMW 325, 335
Angelo Litrico Roma 348
Apollo 355
Apple 355
Arla 446 f., 454, 459
Arlanda 365 f.
Arlanda Långtidsparkering 365
Armani 475, 481, 483, 494, 564 f.
Arsenal 404 f., 84
Arwedsons Gymnastikinstitut 456
Aspen 350 f.
Aston Martin 81
Australian Gold 347
Axelssons Gymnastiska Institut 456

Baby-dry 221 f.
Back-Supporter 217
Bajkal 232 f., 349
Bakis o. Skakis 336 ff., 565
Bali 382
Ballantine's 258, 382

Banbury 234
Bankomat 144, 218, 361
Beacon 281
Berns Salonger 196
Bernts Kalsonger 196
Bi 276, 278, 280, 384, 551, 539
BiC 277 f., 280, 365, 384 f., 502, 538 f., 551, 556
Big Mac 272, 272
Bigmac 271
Bigxon Pro 442 f.
Bison 281
Björnes Magasin 435
BMW 325, 335, 412, 414
Boehringer 422 f.
Borf 259
Borro 259
Boss 481, 483, 495, 107
Braathen 143
Bregott 270, 271, 332, 334
Brelett 270, 274, 332, 271
Bristol-Mayers Squibb 95, 423,
Budget Rent A Car 187

California 348
Camel 116
Camel Hill 164
Canasta 263 f.
Cannon 266
Canon 89, 266, 279, 312, 326,
Carborundum 368
Cat's Comfort 217
Cederroths 495
Celsius 139
Centrafarm 88
Ceralux 273, 383
Champagne 315 f., 488, 526
Champagnesmak 446, 454, 459, 488, 526, 574
Champis 313 f.
Chesterfield 234
Chevy 310, 314, 320, 330, 382
Chiemsee 191, 231, 235, 237, 379, 397
Chrysler 351
Chrysler Monaco 348 f.
Coca-Cola 115, 196, 298, 546
Coco Chanel 136
Coco-Cola 546
Cognac 232
COKE 115, 196
Companyline 223
Comvik 506
Conceal 217
Cougar 281

Daim 503, 570
Dansk Droge 494
Davidoff 321, 327, 382, 560
Deres 219
Dior 94 f., 413, 419 f., 581
Diskhaler 260
Dotchecker 214
Doublemint 223
Dr Pepper 344
DS Larm 411
Dunlop 368
Durfill 327
Dynamit 362

Eco 104
EF 288
Electrolux 499 ff.
Elefant 276

ElektroHelios 500
Elisabeth Arden 269
Elisabeth of Sweden 269
Ell 211
Ellos 219, 535, 541
Emmaljunga 131, 232
Enco 275 f.
Enhetsprisaktiebolaget 359
EPA 359
Ericsson 131
Esselte 226, 228
Esso 115, 246
Estline 526
Exonyl Miljö 445
Expedition: Robinson 482 ff., 509, 530
Expressen 464
Extra 205, 535
EXTRA! 177

Falu Rödfärg 146, 446 f., 451, 453, 455, 486, 526
Fenjal 280
Feta 366 f.
Flora 131
Ford 81, 111, 511, 530, 532
FREIA 545
Freia 81
Friskis & Svettis 336 ff., 565
FRØYA 545
FöretagsFakta 494

Gaetano 320 f.
Gaia 129
Gaio 129
Galanto 457 f., 482
Galliano 312, 320 f., 331, 457 f., 482
Gasell 147
Gatt 270
GB 487 f.
GB-Glace 81, 530
Ge-Kås 453, 507, 526, 574
General Motors 310
Gerolsteiner Brunnen 392 f.
Gillette 409 f.
Giorgio Armani 136
Globen 433 f.
God Morgon 206, 332, 334
God Natt 332
Grammofon 362
Grand National 196
Greve Hamiltons Blandning 145
Guldägget 436, 458 f., 486 f., 510, 526
Guldäggsfesten 459
Guldäggstävlingen 436, 458 f., 486, 526
Gullmarstrand 291 ff.
Göran Karlsson 452 ff., 507, 574

Hag 89
Hambergs i Vendel 78
Hamilton 145 f.
Handelsbolaget Immateriellt Rättsskydd 210
Haägen-Dasz 143
Hemglass 487 f.
Hennes 535
Hiab Elefant 276
Hoffman-La Roche 88, 423
Hoover 365
HS Vakuumplast Aktiebolag 286

Hugo Boss 136, 481, 495
Hummel 291
Husqvarna 78, 140, 231 f.
Hygglo 487 f., 565
Hårizont 296
Hässelby 137
Hästens 131, 485 f., 489, 573
Høj standard 205

IAMS Pet Food 494
Icopal 456 f.
Ideal Standard 89
Igloo 487 f., 565
IKEA 276 f., 523
IKEA Information Service AB 277
Imagination 280
Insinuation 280

J 227
Jaguar 81
Jaïpur 349, 351
James Bond 117
Japp 107
Jeep 368 f.
Jelect 463
Jesus 357 f.
Judas 121
Jupiter 132
Jägarbrännvin 279 f., 539 f., 556
Jäger 279 f.
Jägermeister 279 f., 540

Kaliber 204, 535
Kan nån kan Canon 245
Kansasa 263
Karlssons Klister 193, 212, 381
Karlstad 137
Katun 491
Kea! 276 f.
Kevlar 362
Kexchoklad 195, 570
Klipp Till 296
Klister 73
Klor Rent 461 f.
Klorin 461 ff.
Knorr 442
Kodak 112, 182, 301
Kosta 234
Kraft Food 81
Kraft Freia 81
Kristinehamn 137
Krupps 143
Krösus 121, 134, 134, 139
Kåbe 226, 228
König-Pilsener 355

L 10 230
L. B. Marine Consult Aktiebolag 285
La Cupole 120
Lacoste 270
Lada 142, 152
Lap Power 495
Lee Rider 417
Leksandsbröd 450, 579
Leningrad 138
Leningrad Cowboys 349
Levi's 417 ff.
Limerick 234
Linguaskill 217
Ljunglöfs 380
Lloyd 199, 206, 253, 266, 334, 546
Loints 253
LTJ Diffusion 254, 313

Luftfartsverket 365 f.
Lux 205, 273, 383, 535, 495
Löwenbräu 196
Löwet 196

M 225
Macburgaren 271
Magnetman 273
Man 273
Marabou 81, 503, 530, 570
Marinkonsult 188, 285
Marinkonsult Carl-Erik Hagerling 285
Marlboro Man 258
Mars 107
Martin Brinckmann-Texas 347
Maskinservice Aktiebolaget Filip 287
Masonite 362, 365, 406
Mathallen 494
Maxglandin 475, 482
Maxicom 283
Mazda 81, 403, 474 f., 564
Mc Cormick Deering 408
McAllan 272
McBacon 272
McChicken 271
McDonalds 271 f., 324
McMoon 272, 324
McPizza 271
McRib 271
Mercedes 112, 122 f.
Merck 422
Minicom 283
Misthaler 260
Moët & Chandon 523
Mona-Lisa 169
Mont Blanc 232 f., 349
Mora 450 f., 455, 452
Mora Knäcke 573, 579
Morgongåva 234
Mozelle 242
MTV 274
Munktell 131
Music Television 274
Münchener Bayerskt Lageröl 348
Mågott 244 f.
Mäklarbanken 446
Mäster 274
Mäster Olofs 274
Mölnlycke 131, 231 f.
Mövenpick 143

Nalen 196
Netscape 404, 420
Netscape 548
New Hair 445
Nice Change 217
Nilfisk 152
Nils Johan 295
NK 275 f.
Nobel 131
Nordiska Kompaniet 275
Nylon 362

Ohm 139
Olá 81
OLW 483, 485, 509 f., 525
Opium 344, 357

Parmaskinka 232
Parmigiano Reggiano 219
Penta 140
Perstorps Ättika 442

Phenyalin 280
Philip Morris 81, 530
Philips 271
Polycolor 416 f., 420, 424
Porsche 523
Pre-Glandin 474 f., 481, 482 f., 495, 506 ff., 564 f.
Prima 535
Puma 281, 326

Q8 221, 228, 270
Qualigraph 256
Qualimetric 255
Qualivalent 255
Quick 151
Quinns Corner 274
Quinny 274
Quisling 121, 134, 139
Quwait 228

R 1 231
Race & Cruising 465
Race & Cruising Segling med Surfing 563

Ramlösa 353 f., 466
Reklamförbundet 486 f., 436, 458 f., 510
Reten 343
Robinson 482, 485 f., 507, 509, 525
Robinsonchips 525
Rockwool 495
Rolls-Royce 81, 298, 362, 403
Roma 348
RSL 229
Rätt blötlagd till hälften tvättad 243
Rödfärg 446
Rökling 144
Röntgen 139

SAAB 278
Sabel 199, 328, 334
SAF 313 f., 315
Sandbergs Trygghetsprodukter 494
Santa Monica 349
Sax & Fön 296
Scan 273, 290, 307
Scan Roll 307
Scanoil 273
Scansped Trading AB 290
Segling 464 f.
Seiko 494
Select 463, 508
Shell 246
Sherlock Holmes 117
Shortcuts 296
Silva 219, 306
Silva Miljö 306
Silva Sweden 306
Silverbibeln 169
Singer 368
Skagerak Båtfernissa 499
Skolabbet 217
Skotten i Dallas 294
Smokeless 218
Sodastream 106, 410
Solarex 270
Solaris 270
Solstrålen 281, 335, 338
SparKronan 456, 579
Sprite 343
St Louis Light 449
Statoil 433

Stockholms allmänna hypoteksförening 285
Stockholms stadshypoteksförening 285
Stoppa en tiger i tanken 115
Stora 446, 452, 486
Strix 530
Sunbeam 335, 338
Svarte Rudolf 295
Svecast 269
Svecia Commerce 494
Svedala 131
Swedish Tanners 342
Svelast 269
Svensk Rättshjälp 445
Svenska Aktiebolaget Philips 287
Svenska Arbetsgivareföreningen 313
Svenska Lättbetonghus Thure B. Larsson 286 f.
Svenska Riksinsamlingen 445
Svenska Spel 526
Svensken 449
Sveriges Slakteriförbund 307
Svita 456 f.
SVT 483 ff., 486, 507, 509 f., 525, 530
SÅAB 278

Tabasco 523
Tandkräm 175
Teamix 269
Telenet 270
Telerent 270
Telia 497
Telia InfoMedia 496 f.
Tend 280
Tendrelle 280
Termos 362
Terranova 89
Texas Instruments 245
The Swedish Radio & Television Corporation Aktiebolag 563
The value of working together 246
Thermoline 259 f.
Thermoscreen 259 f.
Tiger 112, 132, 145, 149, 276, 518, 534
Torr och Glad 218, 245
Toshiba 440, 476, 490 f.
Tre Kronor 401, 435
Trillips 271
Trimix 269
Triton 85, 129, 132, 170
Tryckta tröjor behöver inte kosta skjortan 246
Tulosba Akdov 322 f., 335, 388
TV3 436, 458, 486, 510, 530 f.
Tvätteriernas Inköpscentral 344

Ullared 452 ff., 526, 573 f.
Unilever 81, 530
Universal 205
Universum 535

Vakuum Plast Industri Aktiebolag 286
Valentine 258
Warmfiber 495
Warsteiner 346 f.
Wasabröd 450, 455, 573, 579
Waterford 234
Watt 139
VAZ 142

Veckans Affärer 481
Weekend Pressen 463, 563
Weisses Rösl 281
Velux 456 f.
Venus 111
Vespa 360, 369
Vi Bilägare 337, 563
Vi båtägare 337, 563
Vichy 366
Widia 151
Vin & Sprit 279
Windsor Door 350
Windsurfer 220
Windsurfing Chiemsee 235
Volkswagen 81, 408 f.
Volvo 81, 111, 298, 374, 411, 420, 511, 530 ff.
Volvo Personvagnar 530, 532
Volvoservice 411, 420
Vänerskog 291 ff.

Xerox 369

Yale 368
Yllona 343
Yoggi 446, 454
Youngset 275
Youngster 275
Yplon 310

Zak 461 f.
Zinkadus 144

Sak- och personregister

Aaker, David 298
absolut registreringshinder 48, 177, 250
abstrakt ämnesnamn 122
ADB 538
added value 515
adjektiv 122, 131
administrativ förprövning 48, 251, 334, 539
372, 541, 583
administrativ praxis 65, 278, 281, 552, 556, 580
adress 188, 234, 251, 373, 371, 437
affisch 446
affär 529
affärsform 48
affärshandling 43, 250, 394, 406
affärskedja 49
affärstryck 398
affärsverksamhet 400, 434
agent 197
aggregerad marknad 430
aggressiv metod 500
akronym 275, 315
aktiebolag 208 f.
aktualitet 483
alkohollagen 356, 448 ff.
allmän benämning 209
allmän ordning 356, 372
allmän åklagare (se *åklagare*)
allmänheten 363
allmänintresse 226, 305, 581
allmänna formförrådet 192, 537
allmänt känd 188 f., 373
alludering 336
analytisk sats 166
andrahandsmarknad 407, 425
angivelsefunktion 73
angrepp 399, 546, 568
anknytning 483
annons 43, 398 f., 412, 416 f.
annonsör 469
anseende 101, 154, 176, 241, 297 f., 309 f., 315, 317 f., 323, 331, 346, 370, 397, 419, 423, 440, 451 f., 479, 491, 508, 516, 522 ff., 547
anseendeskydd 296 ff., 376, 544, 559
anslag 43
anspelning 264, 346, 475, 483, 524
anstöt 210, 358
ansvar 103

antydning 444, 507
användbarhet 444, 549
användning 41, 175 f., 180, 202, 229, 231, 252, 260, 263 ff., 284, 314, 339, 341, 370, 380, 382, 387 f., 394, 398, 402 ff., 443, 472 f., 542, 564
användningsområde 93, 282, 444, 499
användningssynpunkt 533
användningstvång 46, 174, 181, 250, 396
apparat 198
appellation d'origine 238 f.
appellativ 122 f., 134, 143, 169, 174, 177, 209, 213, 360, 367
arbetsmiljö 35 f.
arbiträr 111, 120, 128, 134, 136, 143
Armstrong, Gary 30
art 177, 202, 212, 216, 231, 242, 262, 339, 341, 391, 443 f., 448
artnamn 122
association 19, 139 ff., 152, 157, 181, 184 f., 208, 216, 221, 240, 253, 263 f., 267, 269, 274, 280, 283, 296, 313, 316, 319, 329, 332 ff., 354, 358, 398, 451, 481, 483, 485, 496, 499, 502 ff., 508, 514, 516 ff., 522, 524 ff., 534, 540, 548, 551 f., 566 f.
associationsfrihet 533, 564 f.
associationsrätt 575
associationsskydd 63, 101, 115, 156,
associativ egenskap 109, 519
attribut 92, 128 f.
auktorisation 39, 411 f.
avlägsnande 106
avregistrering 372 f.
avståndslära 151
avsättning 93
avsättningsfrämjande verksamhet 398, 400
avsättningsintresse 568
avtalsföremål 62

badwill 142, 521
bakgrundsmoment 538
banal 150
beaktansvärt skäl 307
bearbetning 240 f., 414
Bedeutung 22
bedrägeribrott 399
befogat intresse 409
begagnande 398, 402
begreppsinnehåll 313
begreppslikhet 270, 280
begreppsmässig skillnad 256
begreppsmässigt innehåll 271, 289
behov 471
behovstillfredsställelse 499
behållare 346
Beier, Friedrich-Karl 377
belöning 443 f.
beredning 240 f.
berg 233
Bergström, Svante 316
Bernitz, Ulf 457, 470, 536
berättigat intresse 95, 412, 423
berömmande 115, 244
beskaffenhet 89, 177, 202, 231, 339, 341, 361, 387, 413, 418, 423, 426, 443 f., 538
beskaffenhetsangivelse 177, 245

beskrivande beskaffenhet 381
beskrivande beteckning 110, 152, 189 f., 193, 203, 230, 286
beskrivande karaktär 115
beskrivande syfte 406
bestående helhetsbild 442
beståndsdel 254
betalningsvillkor 443
betydande del 189, 311, 331
betydelse 23, 270, 535
betydelselikhet 270
betydelselös 134
betydelserelation 203
betydelsetom 228
bevisbörda 397
bevisfaktum 380
bevislättnad 534
bevisning 194, 251
bifirma 207
bild 123, 257, 435, 444
bildkomposition 481
bildled 128
bildspråk 493
bimoment 255
bipolaritet 108, 216
bisociation 147
Bjärköarätten 37
bleknande minnesbild 261, 278, 289, 332, 442
blickfång 317
blurring 370
bokstav 20, 42, 127, 192, 227, 275, 278, 545
bokstavskombination 313
bokstavskännetecken 63, 225 ff., 580 f.
bokstavslikhet 281
bokstavssekvens 491
Boole, George 22
bostad 136
brand 26, 125, 130
brand equity 158 f.
brand extension 502
brand management 158 f., 515
brand personality 258
brand planning 31
brand stretching 502
branding 18
bransch 197 f., 264
branschförening 234
branschlikhet 48 f., 287 f., 554 f.
broschyrmaterial 457
brottsling 357
bruk 191
bruksanvisning 43, 416, 420
bärare 17
bättre rätt 372

Carnap, Rudolf 23, 166, 168
cirkulär 43, 398
civilrättslagstiftning 574
common law-system 53
consumer behaviour 159
counterfeiting 402

dagligt tal 202, 221
datoralstrade ord 228
de facto-monopol 98, 141, 359, 452
deception 370
definitionsaspekt 111
degeneration 29, 132, 139, 156, 174, 197, 205, 214, 217, 264, 359 ff., 396, 452, 455, 515, 540, 542, 568

degenerationsrisk 406
dekoration 72, 414
delhypotes 25, 528, 577
denotation 23
deproprieseringen 139
design 28
designer 136
deskriptivitet 85, 188, 194 f., 201, 211 ff., 233, 244, 253, 256, 358, 361, 534, 542, 554, 580
detalj 255
detaljhandel 498
detaljist 70, 97, 104 f., 197 f., 263 f., 287, 376
detaljskillnad 255, 463
dialektal skillnad 161
digitalt nätverk 49, 371
diktat namn 294
dilution 370
diminishment 370
direkt förväxling 252, 254, 262, 267, 467 ff., 506
direktsanktionerat område 431, 433, 492 f.
disclaimer 205, 245, 275, 348
disparagement 370
distinktivitet (se *särskiljningsförmåga*)
distribution 501
distributionsform 48
distributionskanal 95, 197, 388, 576, 583
distributionskedja 99, 197
distributionsled 49, 287
distributionssätt 264, 501, 558
doft 517, 528
doftkännetecken 64
dogmatik 57, 59, 62, 79, 174, 304, 514
dominerande ställning 98 f. 395
domstolsutslag 372
domännamn 20, 300, 371 ff.
domännamnsstöld 324
dottermärke 502
draghjälp 317
droit moral 40
dubblering 54, 505
dynamik 465, 514 f., 520, 547 f., 561, 569, 571, 573 f.

Eberstein, Gösta 39, 135, 182, 265, 268, 353 f., 466, 555
Eco, Umberto 166, 168
efarenhetsvärld 161
efemär företeelse 483
effektiv konkurrens 98, 418, 491, 570
effektivitet 575
efterbildning 61, 544
efterbildningsskydd 255, 505
eftermarknad 407, 409
efternamn 117, 210, 290 f., 293
EG-domstolen 62, 378, 382, 530, 536, 540, 543, 546, 560
egenart 303, 307
egenartad titel 290, 294 f.
egenartat efternamn 133, 177, 210 f., 291, 293
egendomlig form 42
egennamn 18, 107, 111, 119 f., 121 ff., 132 ff., 165, 169 f., 174, 381
egennamnskaraktär 203, 367

egenskap 31, 75, 86 f., 92 f., 96, 102, 160, 170 f., 177 f., 201, 216, 232, 240 f., 249, 264, 271, 338 ff., 346, 351 f., 391, 443 f., 447, 474, 498 f., 511, 522, 528, 534
egenskapsangivelse 120
egenskapskaraktär 217
egenskapsmening 352
egentligt kännetecken 176
egenvärde 27, 64, 153 f., 158 ff., 164, 171, 185, 239, 308, 318, 364, 426, 515, 518, 520, 522, 529, 566, 569, 584
EG-varumärke (se *gemenskapsvarumärke*)
ekonomisk fördel 478
ekonomisk förening 208 f.
ekonomisk förutsättning 582
ekonomiska enhetens princip 529
ekonomiskt band 253
ekonomiskt mervärde 159
ekonomiskt samband 267, 412, 415, 424
ekonomiskt värde 154, 156
elasticiet 312, 319, 328, 420, 543, 547
elegans 363
elliptisk sats 242
emballage 43, 418
emblem 128 f., 161, 177
emotionella argument 76
empirisk erfarenhet 546
empirisk information 533
empiriskt förhållande 252
engångsprodukt 502
enhetskriteriet 170
eninstansförfarande 504
enkelt bolag 208
ensamrätt 238, 395, 504, 514, 521, 568
ensamrättsprincip 87, 577
enskild näringsverksamhet 208
enskilt intresse 251
eponym 139
erfarenhet 162, 252, 377, 514, 540
erfarenhetssammanhang 160
erinran 261
ersättning 509
ersättningsdel 409
establishment on the market 184
estetisk funktion 86
estetisk reaktion 313
estetiskt hänseende 536
estetiskt syfte 536
etikett 353, 393, 422, 442, 458, 461, 463
etymologi 113
Europafördraget 89
Europarätt 25, 34, 388, 539
evolution 502 f.
Examination Guidelines 229
exklusiv karaktär 482
exklusivitet 316, 363
exotisk 30, 351
expedit 198
exploatering 523
exponering 504
exponeringsyta 498
extension 24, 109
extra 177, 204

fabrik 78, 200, 529
fabrikant 404
fabrikation 232

fabriksmärke 38, 79, 299, 531
fackhandel 49
fackman 258, 439
fackspråklig nomenklatur 213
facktidskrift 187, 439
fackutrustning 259
fakta 467
faktisk förväxling 251, 385, 458, 530, 538, 543, 547 f., 550 f.
faktiskt ursprung 78, 81, 101, 346, 389, 453, 511, 520, 531
falsifiering 513
familjerätt 133
fantasi 85, 94
fantasibetonat kännetecken 144, 181 f.
fantasifigur 517
fantasimärke 240
fantasiord 112, 117, 217, 263, 517
fantasivärld 132
fast egendom 42
fastighetsnamn 177
Federal Trademark Dilution Act 369 ff.
fel 103
fenomenologi 58, 168
figur 20, 227, 335, 357, 462, 517
figurkännetecken 28, 42, 46 ,63, 149, 225, 275 f., 375, 408 f., 505
figurlikhet 274
fiktion 252
fiktiv figur 484
firma 20, 30, 39, 42, 44, 80, 88, 121, 141, 155, 169 f., 177 f., 183, 194, 207, 251, 255 f., 256, 258, 276, 284 ff., 290, 296, 365, 370, 374, 391 f., 431, 437, 469, 473, 479, 496, 532, 552
firmadominant 28, 80, 170, 285, 288, 291, 296, 363, 365, 371, 502, 507, 554 f.
firmalag 45
firmalikhet 555
firmarätt 38 f., 47 f., 65, 79, 86, 301, 371, 404, 554, 583
flagga 20, 125, 127
flertydighet 204
flod 233
flyktigt påseende 442
fonetisk likhet 263, 271, 393
fonetisk presentation 323
fonetisk skillnad 278 f., 332
fonetisk synpunkt 260
fonetiskt intryck 230
form 393, 442, 461
formalregistrering 176, 571
formgivning 236
forrettningsverdi 157
forskning- och utveckling 45
fotografisk bild 178
fotorätt 251
framställning 240 f.
Frege, Friedrich Gottlob 22 f., 65, 112, 161 f., 165, 167 ff., 171
Freihaltebedürfnis (se *frihållningsbehov*)
frihandel 35
frihållning 567, 570
frihållningsbehov 191, 195, 204, 212, 229 f., 236, 358, 392, 400, 452, 517, 535, 580
fullbordad inarbetning 187, 189, 195, 229, 376, 548

funktion 17, 22, 30, 69 ff., 76, 317 f., 516, 531, 558, 567, 569
funktionalitetsbedömning 536
funktionell betingning 459, 517, 537
fusion 498, 577
fyndighet 115, 247
fyrpartsförhållande 70, 75, 516
fysisk person 293
fåbokstavskombination 276
färg 353, 442, 461 ff., 517, 563
färgkännetecken 64
färgställning 463
färgsättning 458, 465
färgton 381
förakt 493
förargelse 356 ff., 372, 396, 584
förbrukare 77, 197 f., 567
förbrukarintresse 520
förbrukningsvara 198
förbud 19, 341 f., 431 f., 504
förbudskatalog 493
förbudsprincipen 55
fördel 298 ff., 309
föreställning 162, 171, 426
föreställningsbild 264, 270
föreställningsinnehåll 289
företag 528
företagsekonomi 30 f., 61, 577, 584
företagsförvärv 511, 530
företagsidentitet 28, 524, 561
företagskultur 539, 561
företeelse 122
författare 400
förfogande 504
förfogandeobjekt 395, 424, 429, 517
förfoganderätt 62, 391
förfång 292, 295, 298 ff., 309, 314, 317, 319 f., 323, 325, 397, 491, 522
förhärligande 357
förklaringsmodell 514
förkortning 226
förmånlig bild 482
förmögenhet 318
förmögenhetsrätt 19
förmögenhetsvärde 180, 189
förmögenhetsöverföring 156, 309, 317
förnamn 136, 210
förpackning 20, 250, 346, 394, 408, 421 f., 437, 450, 456, 461, 480
förpackningsdekor 449, 465, 573
förpackningsefterbildning 458
förpackningsstorlek 421
förpackningsutformning 421, 563
förpackningsutstyrsel 73, 352, 460, 524
förringande 496
först-till-kvarn-princip 372
förståelighet 575
försäljningsapparat 576
försäljningskanal 185, 197, 201, 376, 420, 500
försäljningsmetod 551
försäljningssystem 487
försämring 88, 91, 102, 395, 413
förtroende 423, 468
förvaltningsrätt 133
förvirring 155, 243, 363, 457
förväntan 91, 103, 137, 438 f., 455
förvärvad mening 121, 138, 516, 521

förvärvad särskiljnings-
förmåga 280, 289, 370, 379, 532 f., 535, 545
förväxling 142, 150, 207, 302, 342, 392, 394, 459, 465, 469, 473 f., 491, 508, 515, 529, 560
förväxlingsbarhet 18, 29, 61 f., 97, 100, 111 f., 114, 126, 153, 161, 170 f., 173 f., 176, 199, 206, 209, 247 ff., 312, 339, 341, 354 ff., 373, 376, 379 f., 382 f., 386, 389, 394, 425, 496, 504 f., 515, 517, 520, 530, 537 ff., 551, 562, 565, 569 f., 572, 582, 584
förväxlingsbedömning 156, 199, 277, 338, 387, 397, 441 ff., 465, 513, 516, 537 ff., 557, 564, 572
förväxlingskriterium 508
förväxlingslära 74, 88 f., 112 ff., 340, 352, 433, 444, 478, 530, 550, 557, 563, 576
förväxlingsrisk 199, 235, 312, 333, 354, 385, 393, 441 f., 458, 460, 463 ff., 467, 474, 482, 489, 505 f., 508, 519, 546, 565, 572
förändring 88, 91, 102, 395, 413, 425
förändringsåtgärd 425

G8-gruppen 35
garant 104, 529
garanti 29, 84 ff., 91, 102 f., 171, 302, 408, 503, 521, 529, 541, 576
garantibeteckning 20
garantifunktion 40, 73, 76, 84 ff., 96, 102 f., 171, 185, 375, 408, 423, 425, 455, 520 f., 576 ff.
garantiförpliktelse 88
garantimärke 315
garantiåtagande 141, 185, 551
GATT-avtalet 33
gemenskapsvarumärke 219, 330, 372, 541 f.
generalagent 198
generalklausul 52 f., 55, 431 ff., 456, 460, 479, 490, 492, 508
generisk beteckning 128, 152, 175, 177, 192, 194 f., 201, 203, 211 ff., 286, 343 f., 359 ff., 363, 365, 367, 381, 534 f., 584
generisk produkt 577 f.
genomsnittlig uppmärksamhet 261
genomsnittsindivid 440
genomsnittskonsument 199 f., 254 f., 262, 378, 385, 437 ff., 476
geografisk anknytning 292, 348, 579
geografisk benämning 233, 292
geografisk beteckning 238, 240, 346
geografisk härkomst 388
geografisk omgivning 240
geografisk plats 78, 120, 135, 231 ff., 237 f., 388
geografisk ursprungsbeteckning 20, 35, 83, 101 f., 121, 138, 169 f. 177, 182, 232, 235 ff., 315, 345 f., 391, 448 ff., 452, 455, 470, 521, 558, 583, 585
geografiskt namn 233, 236, 345, 365
geografiskt område 191, 232, 254, 311, 370

geografiskt ord 192, 232, 388, 452 f., 558
geografiskt särförhållande 83
geografiskt ursprung 78 f., 101, 160, 177, 202, 232 f., 340 f., 388 f., 391 ff., 444, 451, 455, 511
gest 123
gille 37
globalisering 33, 35 f., 511, 580
god affärssed 391 ff., 409, 412, 431 ff., 473
god marknadsföringssed 431, 479, 493, 511
god sed 467
godtycklig 134
goodwill 25 ff., 82, 87, 138, 140, 146, 154 f., 157 ff., 171, 185, 297, 301 f., 303 ff., 317, 325, 338, 363, 417, 420, 425, 456, 461, 472, 496, 502, 505 f., 509, 515, 518, 520 ff., 576
goodwillaspekt 565
goodwillskada 423
goodwillskillnad 510, 523
goodwillskydd 577
goodwillutnyttjande 306, 308, 426
goodwillvärde 156, 189, 304, 485, 509 f., 522 f., 524, 569
goodwillöverföring 522
gradering 150, 571
grafisk utformning 235, 463
grafisk presentation 365
grafisk återgivning 20, 227, 246
grammatikalisk betydelse 163
grossist 70, 105, 197 f., 376, 410, 498
grossistled 263
grund 113
grundlagsskydd 400, 434
gård 528

Halén, Torsten 292 f.
hallordning 38
halvfabrikat 105, 283
handel 528
handelsbolag 208 f.
handelsbruk 59
handelskammare 191, 254
handelsmärke 38, 79, 299
handelspolitik 33
handelsregister 208
handelsvara 83, 530
hantverksordning 38
Heiding, Sture 149 f., 257, 265, 357, 550
helhetsbedömning 113 f., 199, 206, 254 ff., 274, 280, 282, 289, 312, 354, 383, 386, 393, 418, 426, 463, 465 f., 507, 540
helhetsbild 253, 441, 580
helhetsintryck 255 ff., 332, 336, 353, 450, 458, 461 ff.
Hermansson, Birgitta 576
hieroglyf 72, 124
Hjemslev, Louis 166, 168 f.
hjälpregel 534
Holmqvist, Lars 51, 58, 61, 73, 100, 122, 136, 147 ff., 181, 184 ff., 203 f., 213, 216, 224, 233, 242, 381, 388, 397, 533, 536, 549, 559
homografi 113
homofoni 113
homonymi 112 ff., 220, 281
humor 247

Husserl, Edmund 23, 125, 166, 168
huvuddomän 371
huvudvara 409
hypotes 22, 24, 26, 153, 513, 527, 558
hälsa 443 f.
hälsoeffekt 474 f.
härkomst 346
hävning 357, 372
högkvalitetsprodukt 304, 526
Höglund, Olle 211
hörselintryck 269, 278, 289

ibruktagande 182, 397
ICC 34
ICCs Grundregler 34, 431, 444, 467, 479, 493
icke-originaldel 408
icke-originalklausul 407
idé 332, 557
ideal 118, 177
ideell förening 208, 290, 396
ideell organisation 436 f.
idéinnehåll 142, 271
idémässig uppbyggnad 435
identifikation 407
identifikationsmedel 192
identifikationsmöjlighet 93
identitet 93, 157 f., 250, 253 f., 269, 312, 320, 331, 394, 442
ideologi 166
igenkänning 128, 370
IKL 44 ff., 51 ff., 340, 342, 445, 527, 558, 562, 566
ikon 124
illojal användning 317, 569
illojal konkurrens 50 ff., 206, 354, 393, 429, 558, 566, 574, 579, 583
image 76, 94, 157 f., 284, 496, 524, 539, 561
imageskapande 76, 518
imagetransfer 478, 503
imitation 346, 469 f., 477 f.
immaterialisering 17, 79, 81, 83, 92, 517, 520, 528, 531, 577
immaterialrättsfossil 357
importör 197 f., 457
inarbetning 21, 25, 28 f., 41, 44, 86 f., 91, 94, 137, 140 ff., 147, 150, 155, 157, 164, 171, 174 f., 181 ff., 208, 227, 231, 243, 250 f., 263, 297, 301, 305, 309, 319, 337, 353 f., 375, 381 ff., 387, 397 f., 465, 499, 502, 505 f., 515 f., 519, 527, 530, 533 f., 537, 547, 552, 557, 565 f., 572
inarbetningsgrad 150, 252, 277 f., 379, 398, 484, 547 f.
inarbetningskrav 186 ff., 308, 316, 331
inarbetningsskydd 43, 45, 53, 182, 559
index 124
indication de provenance 238
indirekt bevisning 378 ff.
indirekt förlust 510
indirekt förväxling 252, 267
indirekt jämförelse 477, 492
indirekt objektsskydd 430
individualbegrepp 121, 135
individualbeteckning 243
individualisering 426

individualiseringsfunktion 72 ff., 94, 100 f.
individualiseringsförmåga 211
individualiseringsgrad 176
individualiseringsmedel 73, 99, 183, 191, 209, 295, 472, 515
individualitetsrätt 40
industri 528
industrialism 56
industriell utveckling 45
industriell verksamhet 493
information 29, 76, 85, 92 f., 123, 418, 501, 575
informationsfunktion 84 ff., 92, 102, 577
informationsförmedling 528
informationsproduktion 528
informationsteknologi 18, 57
informationsväg 579
infrastrukturell utveckling 69, 520, 528
initial 226
inköpssituation 442
inneboende egenskap 253
inneboende mening 121, 137, 144, 531
inneboende sekundärbetydelse 147 f.
inneboende särskiljningsförmåga 144, 230 f., 370, 381, 533
innehåll 24, 76, 483
inriktning 345
inskränkning 472
intellektuellt arbete 26
intention 24
intentionalt uttryck 111
Internatinella Handelskammaren (se *ICC*)
Internationella Handelskammarens grundregler för reklam och säljfrämjande åtgärder (se *ICCs Grundregler*)
internationalisering 33 ff., 172, 219
internationell beteckning 250
Internet 18, 373 f.
Internetanvändare 371
intersubjektivitet 154, 162, 166, 171 f., 200, 224, 334, 379, 426, 440, 532 f., 540, 557
intresseavvägning 569
intryck 172, 345
intrång 155, 180, 292, 372, 376, 426, 474, 514, 522
intrångsbedömning 380, 537 f., 550
intrångsfall 541
intrångsprocess 542
intrångssituation 194, 532 f.
inträdesbarriär 96
intäkt 509
invandring 215, 280
investering 29, 70, 154, 160, 179, 191, 311, 359, 456, 520, 529, 569, 572 f.,
invändningsförfarande 50, 179, 372
i.p.-adress 371
irrationell argumentation 500

journalist 400
journalistisk verksamhet 400 f.
judiciell förväxlingsbedömning 277, 513, 539
judiciell praxis 333, 549 ff., 556, 558

juridisk person 209, 293
jämförande reklam 34, 55, 92, 365, 403, 440, 446, 448, 451, 455, 466 ff., 492, 496 f., 506 ff., 516, 518, 544
jämförelse 128, 507
jämkning 395
järnvägsstation 210

kall harmonisering 229, 388
Kant, Immanuel 108
Kapferer, Jean-Noël 157
kapitalvara 383
karaktär 341
katalog 408
katalognummer 226
katalogregel 432
kedjebrevsspel 445
kemikalie 198
kemisk-teknisk vara 361
Kennzeichen 130
klandervärd 493
klassregistreringssystem 46, 373, 375
Klein, Naomi 36
Knoph, Ragnar 21, 27, 113, 155, 157, 303, 378, 399, 461, 550, 582
KO 55, 431, 578 f.
Kobbernagel, Jan 86, 192, 576
Kodakdoktrinen 46, 183, 301 ff., 317 f., 336, 527
Kodakkännetecken 27, 297 f.
Kodakskydd 51, 301, 304 ff., 316, 548, 582
kodbeteckning 226
Kohler, Josef 201
Koktvedgaard, Mogens 87, 260, 262, 303, 332, 339, 538, 556, 575, 581
kollektiv 488
kollektiv erfarenhet 137
kollektivmärke 121, 391
kollektivmärkeslag 20
kollision 541, 571
kombinerat ord- och figurkännetecken 63, 268, 274 f., 517
kommanditbolag 208
kommersiell fördel 422
kommersiell innebörd 433
kommersiell natur 401, 435
kommersiell särprägel 353, 465, 505, 564
kommersiell utveckling 45
kommersiell verksamhet 493
kommersiellt anseende 434
kommersiellt samband 323, 386, 394, 404, 409 ff., 415, 418, 420, 422, 441, 466, 507, 530 f., 562
kommersiellt ursprung 25, 52, 69, 73, 75, 79 ff., 87, 89, 111, 123, 139, 141, 160, 186, 212, 233, 248, 252, 269, 282, 284, 293, 302, 332, 336, 340 f., 360, 363, 375 f., 386, 389, 395, 405, 407, 410, 427, 444, 452 f., 457, 460, 462, 465, 506, 508, 517, 522, 528, 530 ff., 543, 562, 566
kommersiellt värde 436, 458, 483 f., 526
kommunalt vapen 250
kommunikation 143
kommunikationsfunktion 75 f., 101
kommunikationsmedel 18, 59

kommunikationsmodell 75
kommunikationsmöjlighet 529
komparativ rätt 63
kompetens 83, 344
kompetensfördelning 54
komplexitet 123, 225
koncentration 49
koncern 511
konkret ämnesnamn 122
konkurrens 98 f., 330, 412, 418, 468, 501
konkurrensaspekt 185
konkurrensbalans 58
konkurrensbegränsande avtal 98, 395
konkurrensbegränsande effekt 98, 409
konkurrensfunktion 96, 104, 570
konkurrensförhållande 249, 514, 542, 455, 567, 571, 574
konkurrensintresse 328, 430
konkurrenslagen 98
konkurrensmedel 97, 575
konkurrensmetod 226
konkurrensperspektiv 252, 538
konkurrensprägel 51
konkurrensrelation 297, 471
konkurrensrätt 19, 51, 58, 98, 100, 104 f., 318, 395 ff., 533, 548, 556, 559, 569, 581
konkurrenssituation 284, 379
konkurrent 71, 363 ff., 473, 492, 506
konkurrentintresse 509, 568 ff.
konkurrentperspektiv 60, 567
konkurrentskydd 469, 431
konnotation 23, 139
konnotationsfrihet 147
konsekvens 154
konst 31 f.
konstlad avskärmning 421
konstlad gräns 325
konstnär 37, 400
konstnärlig verksamhet 400 f.
konstnärligt arbete 26
konstnärligt syfte 536
konstnärligt verk 117, 177 f., 251, 294
konstnärsnamn 40, 120, 178, 251, 290 f., 372
konstvetenskap 32
konsument 59, 71, 197 f., 302, 376, 567, 576, 583
konsumentbeteende 578
konsumentenkät 379, 438
konsumentintresse 305, 318, 342, 407, 418, 430 f., 455, 469, 509, 566, 574 f., 578 f.
konsumentkollektiv 17, 98
konsumentlagstiftning 583
konsumentled 263, 410, 440, 520
Konsumentombudsmannen (se *KO*)
konsumenträtt 53, 198, 455
konsumentsynpunkt 76, 415, 471
konsumtion 413 ff.
konsumtionssamhälle 575
kontextuell implikation 169
kontinuerligt bruk 187
kontraktsbrott 87
kontroll 89, 423
kontrollbeteckning 20
kontrollmärke 315
kontrollorgan 241
konvenans 143

konventionsprioritet 33
konventionsåtagande 62 f.
kopia 242, 448, 477 f.
koppling 417
korsvist skydd 208
kostnad 28, 155, 520
Kotler, Philip 30
kringfakta 564
kringuppgift 118
kultur 157, 519
kulturbeteende 401
kulturyttring 32, 581 f.
kumulation 53, 574
kundlojalitet 443
kundpsykologi 27, 200
kutym 407
kvalifikation 443 f.
kvalitet 27, 76, 83, 87 ff., 94 ff., 99, 101 ff., 140, 154 f., 177, 181, 205, 232, 238, 240 f., 263 f., 297, 316, 341, 346, 351, 360, 363 f., 391, 399, 419, 423, 425 f., 437, 443 f., 455, 475, 479, 482, 499, 503, 521, 528, 567, 576
kvalitetsbenämning 177
kvalitetsegenskap 181, 529
kvalitetsfunktion 76, 84 ff., 102, 423, 520
kvalitetsförändring 425
kvalitetsgaranti 87
kvalitetskontroll 82
kvalitetsmärke 302
kvalitetsnivå 86
kvalitetsskillnad 463, 481, 508
kvalitetssäkringsåtgärd 141
kvalitetsuttryck 359
kvalitetsvara 82, 363
kvantitativ undersökning 309 f.
kvantitativ utsträckning 310, 331
kvantitet 341, 391
kvasimonopol 98, 141, 359
känd 279, 310, 397, 460, 465, 546
kändis 138
kännedom 304, 310, 316, 331, 505, 508, 527, 565
kännedomsgrad 309, 385, 545
kännedomspyramid 298
kännetecken 18, 20, 123, 130 ff.
känneteckensbrist 249, 373, 375, 541, 570
kännetecknsdifferentiering 97, 111, 114 f., 433, 497 ff., 511, 584
kännetecknsefterbildning 458
kännetecknsegenskap 505
kännetecknsfakta 465 f., 505, 562, 580
kännetecknsfunktion 174, 212, 294
kännetecknshavare 26, 516, 528
kännetecknsintrång 363, 466, 522
kännetecknskaraktär 328, 360
kännetecknskraft 150 f., 202, 321, 364, 377, 397, 534, 546
kännetecknslikhet 267, 269, 385, 540, 551
kännetecknsobjekt 514
kännetecknsutvidgning 433, 502 ff., 569
känsloton 115
köpbeslut 94, 520
köpbeteende 504
köpsituation 261, 442, 489
köp-slit-och-släng-vara 383

lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (se *IKL*)
lag om handelsregister, firma och prokura 39
lager 49
lagring 437
lagstiftare 61, 71, 358, 567, 578
lagstridighetsprincipen 356, 446
land 240
Lanham Act 369 f.
layout 564
legitimt intresse 296, 473
legotillverkning 80 f., 529
Leibnitz' lag 108
leveransdatum 444
leveransvillkor 444
leveransvägran 104
leverantör 365, 453, 491
Levin, Marianne 87, 101, 260, 262, 316, 323 f., 329, 531, 569
levnadsstandard 580
lexikalis mening 152
lexikalisk betydelse 162
lexikalisk definition 130
lexikalisk referens 136
lexikalisk synonymi 114
lexikalisk uppfinning 221 f.
lexikon 162
liberalisering 38, 41, 245
licens 29, 62, 80, 86 f., 98, 141, 363 f., 400, 503, 510, 520, 523, 528 ff., 569
licensavtal 82
licensgivare 363
licensobjekt 160, 523
licenstagare 70, 82, 363 f., 376, 386, 520
Lidgard, Hans Henrik 412
likelihood of confusion 370
likhet 253, 269, 321, 326, 394, 462, 464 f.
likhetssfär 384
liknande 312
Lissabonöverenskommelsen 35, 240
litterär verksamhet 400
litterärt verk 117, 177 f., 251, 294
livslängd 87
livsmedel 197, 240 f., 282, 346, 352
livsmedelsbranschen 83, 361
livsstil 30, 93
ljud 123, 257, 517, 528
ljudbild 269, 280
ljudföljd 147
ljudkännetecken 64
ljudlikhet 142, 287, 393
logotyp 408
lojalitet 36, 392, 443, 578, 589
lokalt ursprung 529
Lund, Berndt 265
lyx 95, 155, 177, 181, 532
lågprisvara 104, 419, 471, 304, 453
läkemedel 88, 260, 421
löje 493, 497

Madridöverenskommelsen 35, 240
Magritte, René 127
makroperspektiv 430
manuell betjäning 383
Marc-Wogau, Konrad 125
marknadsagerande 399
marknadsaktör 430
marknadsandel 191, 253 f., 311

marknadsanpassat bedömnings-kriterium 561
marknadsbeteende 363, 401
Marknadsdomstolen (se *MD*)
marknadseffektivitet 542, 567 ff., 583
marknadsekonomi 41, 97
marknadsfunktion 202
marknadsföring 30, 59, 75, 93, 154, 181, 201, 284, 296, 303, 359, 370, 387, 400, 435, 465, 528, 540, 551, 556 f., 579, 583
marknadsföringsinvestering 155, 524 f.
marknadsföringskanal 370, 556, 583
marknadsföringsmetod 60, 497, 558
marknadsföringsrätt 47, 50, 57, 62, 102 f., 206, 255, 319, 340, 353, 356, 427, 429 ff., 513, 516, 518 f., 524 ff., 536 f., 543, 558 ff., 573 f., 582 ff., 585
marknadsföringsstrategi 28, 60
marknadsföringsteori 30, 478, 515, 519
marknadsföringsåtgärd 506, 514, 522, 576
marknadsförutsättningar 514
marknadsjämvikt 567
marknadskonkurrens 98, 104, 375, 585
marknadsposition 26, 160, 524, 536
marknadspotential 536
Marknadsrådet 52 f.
marknadsrätt 19, 90, 318, 354, 371
marknadsrättslig intresse-avvägning 377
marknadssegment 573
marknadssituation 555, 580
marknadsstruktur 172, 421
marknadsstyrande funktion 96, 104, 520, 570
marknadsställning 444
marknadsstörningsavgift 55 f., 432
marknadssystem 392
marknadsundersökning 190, 378 ff., 453, 577
marknadsvara 44
marknadsöverblick 478, 496
marque 131
massdistribution 45
massmarknadstänkande 497
massmedium 36, 373
massord 122
masstillverkning 45
material 362
MD 25, 34, 52, 55, 448, 465, 493, 505, 518 f., 523 f., 536 f., 540, 543, 561, 580
medelbart objektsskydd 72
medgivande 179, 342, 354 f., 363, 394, 408, 525
media 17, 32, 376
medvetande 261
Melin, Frans 59, 70 f., 76, 96 f., 158, 577
mening 22 ff., 108 ff., 139 ff., 153 ff., 513 ff., 519 ff.
meningsaspekt 232, 516, 536, 540, 544
meningsbärare 130
meningsegenskap 517, 519, 530, 571
meningsfakta 564

meningsfullhet 166
meningsgemenskap 393
meningsinnehåll 127, 148, 232, 516, 543, 582
meningskomponent 515 f.
meningslikhet 270, 485
meningsupplevelse 160
meningsöverföring 364
meningsöverskott 518
merchandising 82 f., 510, 523
merkantilism 41, 56
merpris 578
mervärde 27, 29, 140, 154 f., 158, 303, 415, 426, 515, 577
mest-gynnad-nationsbehandling 34
metafor 123, 128 f.
metaobjekt 25, 83, 318
metareferens 501
metod 346
metonymi 129
mikromarknad 498
mikroperspektiv 430
miljö 36, 113, 443, 445
miljömedvetande 35
miljöpåverkan 444
Mill, John Stuart 119, 137
minimikvalitet 82
minimiskydd 33
minne 442
minnesbild 262, 458, 464, 545
minnesintryck 458
missbruk av dominerande ställning 97, 104, 395
missbruksprincipen 55
missförstånd 386
misskreditering 55, 61, 364, 431, 433, 469, 478, 492 ff., 518, 527, 584
misstag 386, 402, 407, 473
missuppfattning 410, 457
modehus 136
modermärke 502 f.
Mollerup, Per 59
momentan inarbetning 484
monogram 226
monopol 97, 104, 407, 517
monopolisering 106, 535
monoreferentiellt uttryck 135, 169 f.
moral 356
Morgonstjärnans paradox 111, 166
motiv 332
motivlikhet 556 f.
motivskydd 275, 332 ff., 557
motstånd 422
mottagarkrets 440
multibranding 97
muntlig användning 250, 277, 394
muntlig hänvisning 405
musikaliskt verk 294
målgrupp 30, 90, 186, 440, 539
måttangivelse 231, 343
mängd 177, 202, 231, 341, 443 f.
mängdförhållande 204
mänsklig faktor 240
märke 21, 26, 130
märkesassociation 578
märkesevolution 502 f
märkeslikhet 252, 333 f.
märkeslojalitet 96 f., 159, 443, 511
märkesmedvetenhet 186, 337, 442
märkespreferens 578

märkesprodukt 577 f.
märkesprofil 499
märkesuppdelning 89
märkesvara 45, 471
märkning 437
mönster 178
mönsterskydd 97, 251

nackdel 292 f.
namn 20, 30, 36, 42, 44, 103, 107, 119, 122, 126, 132 ff., 178, 183, 210 f., 251, 276, 290 ff., 306, 316, 392, 435, 437, 483
namn och bild i reklam 20, 40, 117, 434 f.
namnbildning 131
namnfrekvens 211
namnförkortning 479
namnlagen 20
namnplikt 38, 133
namnrätt 38 ff., 79, 120, 396
nationell behandling 33 f.
naturligt användningstvång 184
naturligt kännetecken 176
naturresurs 36
naturvetenskap 213
nedsvärtning 300, 313, 317, 324, 336
nedsättande 469
nedvärdering 475, 492, 497
negativ kännetecknes-användning 492
negativ påverkan 522
neutralisering 348, 447, 450
nimbus 488
NO 105 f.
noll-denotation 116
noll-konnotation 116
NOp 52, 504
normativ bestämning 252
normativ rättssats 546
nostalgivärde 521
notoriskt känd 25, 169, 182, 297 ff., 311, 397, 528, 548
notoritet 189, 304, 309, 397
nya ekonomin 56
nyans 462
nyansförskjutning 146
nyhetsgranskning 41
nytta 456, 499, 522
näringsfrihet 38, 41
Näringsfrihetsombudsmannen (se *NO*)
näringsidkare 233, 439
näringsidkarintresse 306, 317
näringsidkarsynpunkt 60, 472
näringskännetecken 49, 194, 372, 444
Näringslivets Opinionsnämnd (se *NOp*)
näringsrätt 19, 421
näringsverksamhet 253, 394, 398 ff., 433 ff., 582
nödvändighet 394 f., 409, 476

oaktsamhet 432
obehag 210, 293
obehörigt bruk 346
object 124
objekt 22, 569
objektiv kvalitet 90 f.
objektiv nödvändighetsgrund 422
objektsdefinition 584
objektslära 248, 514

objektsskydd 403, 518, 558, 562, 566, 569
objektstomt skydd 429, 518
obligationsrätt 103, 583
OBS-värde 524
ockasionell erfarenhet 163
ockasionell mening 163
offentlig person 434
offentlig rätt 19, 86
offentliga rummet 581 f.
offentligt organ 250
officialprövning 49, 179 f., 541, 571
officiell status 445
officiell ställning 344
ogenomskinlig 111, 134, 136
ogiltighet 180
OHIM 50, 229 ff.
oklar bild 200
oklar minnesbild 254
oklarhet 444
olägenhet 292 f.
omdöme 243 f.
omedveten inarbetning 196 f., 363, 454
omfattning 342, 345
omfång 109, 537
ommärkning 422 f.
omoralisk innebörd 358
ompaketering 88, 420
omsättning 17, 380
omsättningsförhållande 583
omsättningskrets 161, 196 ff., 219 f., 252, 262, 376 f., 437 ff., 516, 534, 556, 567, 584
ond tro 373
onomatopoetiskt ord 124
ontologi 166
opak 111, 134, 136
opinionsbildning 400
ord 42, 177, 257, 444
ordbild 280
ordbok 114, 164
ordföljd 116
ordkaraktär 228
ordkombination 28, 57, 63 ff., 221, 268, 359, 456, 461, 489, 505, 516, 545
ordlikhet 274, 538 f.
ordmärke 42, 230, 375
ordval 493
organisationsnummer 209
originaldel 411
originalfabrik 402
originalitet 202, 210, 247, 286, 380, 382, 547
originalitetskrav 72
originalvara 408
ort 233 ff., 240, 287, 292, 448, 450
ortnamn 131, 209, 234
ortsangivelse 120, 285
ostensiv definition 167
otillbörlig efterbildning 519
otillbörlig fördel 297 ff., 314, 317, 319, 414, 469, 490 f., 523
otillbörlig jämförelse 527
otillbörlig konkurrens 345, 559
otillbörlig marknadsföring 19, 363, 429 ff.
otillbörlig nytta 317, 320
otillbörlighet 316, 544
otillbörlighetsbedömning 317, 376, 426
otillbörligt utnyttjande 301, 330
ovederhäftighet 472, 507

panelförfarande 372
paradox 111 f., 126, 277, 311, 501, 528, 547
parallellfirma 207, 563
parallellimport 415 ff.
Pariskonventionen (se *PK*)
Parisunionen 35, 199
parodi 313, 324 f., 335 f., 401
pars pro toto 129
passing-off 53, 377
passivitet 174, 250
Patent- och registreringsverket (se *PRV*)
patenträtt 31 f., 72, 97, 132, 248, 361 f., 517
PBR 218, 227, 229, 237, 351
Pehrson, Lars 316, 536
pejorativ signal 521
penetrationsförmåga 29
periodisk skrift 296
person 528
personlig smak 258, 443
personlighet 157
personlighet 28, 258, 519
personlighetsrätt 40
personnamn 10, 20, 120, 122, 177, 227
Pierce, Charles Sanders 123 ff., 166
piratkopiering 402
PK 33 ff., 44, 63, 199, 299, 340, 345, 356, 374, 459, 493
plagiering 586
polysemi 112 ff., 220
popularitet 177, 549
porträtt 40, 251
position 29, 92, 519
positionering 96, 157, 478, 515, 519, 539, 570
positiv egenskap 309
positiv föreställning 478, 496
positiv värdering 141
postfestummening 138
postkontor 210
precision 573
preferens 257, 498, 578
prefix 280
preklusion 174
premiumkännetecken 18, 297 f., 311, 397, 548
presentation 345, 437
prestanda 87, 154, 444, 499, 511
prestige 95, 499
presumtion 176, 202
pretentiös firma 344, 447
primafaciemening 137, 144
primary meaning 518
primär särskiljningsförmåga 144
primärbetydelse 18, 216, 228, 381
primärmening 128 f., 131 f. 137 f., 144 ff., 148, 152, 160, 213, 215, 249, 352, 358, 360, 452, 484, 521, 534 f., 540
primärreferens 117, 132, 152, 185, 212 f., 228, 239, 263, 281, 293, 359, 360, 452, 484, 518, 534 f.
prioritet 372, 538
pris 76, 94 f., 118, 140, 177, 201 f., 339, 341, 443 f., 499 f., 522, 565
prisangivelse 181, 443 f.
prisförhållande 204
prisklass 86
priskonkurrens 498
prislista 43, 398, 408

prisnivå 264, 558
privilegiesystem 41
procentandel 188 f., 310 f.
producent 107
produkt 456, 480, 492
produktansvar 103
produktbroschyr 501
produktefterbildning 458
produktegenskap 501
produktionsmetod 511
produktionsserie 49
produktionsställe 79
produktionstidpunkt 444
produktkategori 503
produktkvalitet 522
produktlayout 563
produktnummer 490
produktplacering 59
produktpositionering 92
produktregel 213, 508, 543 f.
produktregeln 200, 265 ff., 312, 319, 384
produktsegment 519
produktsortiment 49
produktspecifikation 241
produktstrategi 59
produktsystem 437
produktutformning 95
produktutstyrsel 352
produktutveckling 29 f., 303
produktutvecklingstakt 49
profanering 323
profant ändamål 358
projektion 94
promemoria 282 f.
propriesering 131, 136
proprium 213
prospekt 43
prov 423
PRV 50, 180, 227, 351, 387, 539, 552, 555
prövningsunderlag 571
pseudonym 251, 294
psykiskt välbefinnande 577
psykologisk funktion 86
psykologiskt fenomen 154
pyramidspel 445

Quine, Willard van Orman, 166, 382

rationalisering 45
recognition 370
redaktionellt sammanhang 400
referens 22 ff., 108 ff., 139 ff., 152 f., 513 ff., 517 ff.
referensaspekt 517
referensbortfall 360
referensegenskap 530, 455
referensförhållande 232, 514, 562 f.
referensgemenskap 185, 393, 543
referensgenombrott 153
referenskomponent 136
reflektion 157, 519
regeneration 367 ff.
region 240, 448
register 241, 285
registrerbarhet 533
registrering 19 f., 140, 154, 174 f., 177 ff., 208, 345, 354, 372, 374, 397, 516, 532, 542, 572
registreringsbedömning 550
registreringsbevis 180, 542
registreringsförfarande 333 f., 537

registreringsförutsättning 152, 250, 537
registreringshinder 48 f., 209, 251
registreringskostnad 27
registreringsmyndighet 41, 119, 164, 174 f., 251, 343, 387, 448, 514, 533, 541, 549, 556, 570, 584
registreringspraxis 388, 505, 541, 549 ff.
registreringsskydd 504, 536, 542
registreringstänkande 533
Regnéll, Hans 60, 114, 143, 160, 163, 381
reklam 95, 186 f., 250, 297, 394, 415 ff., 491, 496, 577
reklambärare 32, 584
reklamfunktion 92 ff., 100, 104, 318, 520
reklamkampanj 479
reklamkostnad 380
reklammaterial 346, 378, 438, 446, 495
reklammedel 243, 584
reklamuppgift 438 f.
reklamvärde 302 f., 307
relation 26
relativt registreringshinder 49, 177, 251, 334, 541, 571, 583
relevant egenskap 469, 476
relevant sektor 199
relevanta punkter 468
religionsbrott 357
religiös känsla 357
renommé 40, 87, 90, 140 f., 154 f., 157, 160, 241, 299, 310, 314, 325 ff., 397, 414, 426, 433 f., 456, 469, 505 ff.
renommésnyltning 55, 61, 264, 297, 317, 319, 354, 364, 396, 415, 427, 431, 433 f., 436, 441, 446, 451 f., 470, 478 ff., 495 f., 505 ff., 516, 518 f., 523 ff., 543 f., 547 f., 558, 561 ff., 582, 584
rent kommersiella förhållanden till föremål 434 f.
reparation 410, 412, 414, 425
reparatör 424
representativitet 468
representamen 124
representativ totalbild 506
reputation 184, 309
reservdel 394, 407 ff., 416, 425, 440, 476
reservdelstillverkare 424
ringaktning 492
risk 28
Russel, Bertrand 23, 166 f.
råttgiftsregeln 301, 304, 307 ff., 336, 492
råvara 283
rättsekonomisk analys 567
rättsfaktum 252, 516
rättsfråga 377
rättssäkerhet 572

sagoväsen 165
sakfråga 252, 377
sakkunnig 439
sakkunnigutlåtande 438
sakkunskap 437
sakled 128
samband 290, 323
samhällsekonomi 41
samhällsekonomisk effektivitet 579

samhällsintresse 98, 358, 579 ff.
samhällsutveckling 17, 56, 69, 79
sammanblandning 440, 453, 491, 560
sammansättning 282, 443 f.
samtycke 482
samverkande faktorer 540
sanktion 19, 62, 432, 240
sanktionsavgift 432
sanningsgrundsatsen 54, 86 ff., 96, 343, 576 ff.
sanningsprincipen (se *sannings-grundsatsen*)
Sartre, Jean-Paul 87
satir 400 f.
de Saussure, Ferdinand 123 f., 166
Schechter, Frank 369
secondary meaning 118, 121, 146 ff., 151 f., 160, 201, 212, 360, 381, 484, 506, 518, 534 f., 566
sedlighet 357
sedvanlig beteckning 202
segmentering 96, 263, 497 f., 538, 573
sekundär konnotation 147
sekundärbetydelse 113, 147 f., 185, 193 f., 381
sekundärmening 118, 138, 147 ff., 360, 453 f., 484, 521
sekundärreferens 44, 132, 147, 149, 212, 361, 454, 534
sekundärt kännetecken 207 f.
semantisk term 126
semiotik 123, 166, 168 f.
service 407 ff., 501, 515
servicegrad 102, 140, 154 f., 303, 511, 521, 551
servicekvalitet 522
servicenivå 86
serviceåtagande 30, 141, 410, 511
sifferkombination 278
sifferkännetecken 63, 225, 343, 580 f.
siffersekvens 491
siffra 12, 20, 42, 127, 227, 278, 353
sign 130
sign vehickle 123
signal 125
signatur 294
signe distinctive 131
signifiant 123 f.
signifié 123 f.
Singerdoktrinen 362
singularis 122
Sinn 22
situationell mening 162 f.
självbetjäningsbutik 441 f.
skada 208, 300, 317, 322, 383, 455, 468, 493, 496
skadeeffekt 479
skadestånd 62
skadeståndsansvar 432
skadeståndsgrund 102
skakkunskap 440
skapande verksamhet 400
sken 394, 411, 424
skick 413
skrift 252, 274, 387
skråväsende 37, 38
skyddsbehov 297
skyddsförutsättning 504, 569
skyddsobjekt 19, 424, 429 f., 513 f., 522, 561

skyddsomfång 150 f., 173, 202, 267, 290, 322, 382, 397 f., 541, 546 f., 570 ff.
skyddspresumtion 542
skyddsstrategi 399
skyddszon 249, 337, 542
skylt 43, 411
skyltfönster 417
skälig grund 88, 95, 395, 413, 415
skönhet 138
skönhetsmedel 258
skönhetsvärde 142
skönlitterärt verk 187
slagord 115, 242 ff., 535
slasktratt 558
slutförbrukare 70, 199, 440
släkt 211
släktnamn 73, 120, 177 f., 207, 210, 251, 291, 372, 391 f., 554
smak 94, 154, 577
snabbköp 441
snyltning 155, 297, 317, 320, 322, 325, 383, 420, 509 f., 523, 546,
social funktion 86
social isolering 214
social klang 142
social natur 166
sociala normer 143
socialgrupp 498
sort 242, 448
specialist 412, 414
specialitetsgrundsatsen 265 ff.
specialstraffrätt 19
specifikation 444
spegelbild 313
spektrum 160
sponsor 459, 510
språk 57, 113 ff., 222, 280 f., 535, 540
språkbruk 121, 161, 282
språkfilosofi 18, 60
språkgeografiskt förhållande 214
språkkontakt 214
språkkunskap 280
språkkänsla 109
språklig likhet 280
språklig skillnad 393
språkspel 164, 167, 533
språkutveckling 142, 214
språkvana 214 f.
språkvetenskap 60
spänstighet 247
standard 154, 177, 224
starkt inarbetad 157, 304, 397, 545
starkt kännetecken 31, 93, 141 ff., 149 f., 398, 547, 573
statisk bedömning 539, 556
statisk förväxlingsbedömning 388
statiskt märkningssystem 527
statiskt skydd 520, 529, 569, 572
statiskt skyddsobjekt 514
statsemblem 20
statsvapen 20
stavelse 269, 545
stavning 113, 115, 269 f., 291
stiftelse 208
stil 346
stilgrad 409
stilsort 464
stilvärde 115, 142
Stockholms Handelskammares varumärkesnämnd 190
storlek 461
strandfynd 37

strategi 93
strategic brand management 31
Strömberg, Bertil 576
Stuevold Lassen, Birger 148, 200, 203, 219, 247, 276, 384, 545, 547, 560, 267
subjektiv erfarenhet 333
subjektiv kvalitet 90 f.
subjektiv prägel 383
substantiv 122 ff., 131, 165, 169, 174
substituerbarhet 99
substitut 99, 104 f.
substitutionsprincipen 108
suffix 336
suggestion 94, 120, 232, 271 f., 283, 479, 509
suggestiv effekt 274
suggestiv karaktär 245
suggestivt kännetecken 124, 152, 195, 211 ff., 343, 361, 365
superior 177
suverän 177
svagt kännetecken 141 ff., 149 f., 547
syfte 22, 57, 69 ff., 434, 516, 567
symbol 107, 123 ff., 129 f., 155, 161, 184, 517, 580
symbolegenskap 73 f., 100 f., 201, 128, 130, 181, 203 f., 532 f.
symbolfunktion 72 ff., 77, 120, 171, 184, 195, 375, 563, 568
symbolinnehåll 136
synbild 269 f.
synekdoke 129
synintryck 184, 269, 278, 289
synnerligen starkt inarbetad 301, 304 f., 383, 397, 527, 538
synonymi 114 ff., 166, 248, 274
syntactically unusual juxtaposition 221
syntetisk sats 166
systemöversyn 583
sällanköpsvara 489
särdrag 130
särprägel 187, 274, 353, 453, 456, 459, 461, 463 f., 505, 524, 527, 536 f., 565, 580
särpräglad 465
särskild grund 419
särskild omständighet 419, 262, 312
särskiljande funktion 464
särskiljande moment 544
särskiljning 182
särskiljningsfunktion 18, 20, 29, 44, 58, 61 f., 72 ff., 77, 90, 100 f., 126, 144, 146, 149 ff., 153, 161, 164, 173 ff., 203, 415, 569 f.
särskiljningsförmåga 72, 186, 201 ff., 247, 252, 262, 267 ff. 276 ff., 298 ff., 310, 314, 317, 323, 325, 327 f., 331, 351, 353, 360 f., 376 f., 380, 382, 385, 387, 389, 397, 401, 403, 414, 420, 453, 465, 479, 485, 491, 503, 505, 520, 522 f., 532 ff., 544 ff., 549, 565 ff., 580, 582, 584 f.
särskilt samband 415
Söderlund, Magnus 59
sökkostnad 520

tal 252, 387
tanke 122

tankeexperiment 262
tapetmönster 399 f.
tarnishment 370
tecken 21, 123 ff., 130, 202, 580
teckeninnehåll 124
teknisk information 440
teknisk term 213, 361
teknisk utveckling 520
tekniskt utförande 501
telefonnummer 373
telefonsamtal 411
telegrafadress 373
telexadress 373
terminus technicus 251
territorium 240
tertiärmening 361, 454
textelement 461
textilbranschen 361
tidskrift 187, 296, 337
Tiili, Vipi 85, 94
tillbehör 198, 394, 407 ff., 416
tillfällig mening 162
tillgång 318
tillgänglighet 443
tillhandahållande 282
tillräcklig inarbetning 195
tillstånd 178, 411 f.
tillverkare 197, 457, 529
tillverkning 236, 341
tillverkningsapparat 576
tillverkningsdatum 444
tillverkningskompetens 83
tillverkningsstämpel 38
tillverkningssätt 443 f., 511
tillägg 233, 254
Tisell, Henrik 79
titel 20, 40, 117, 177 f., 251, 290, 294, 372, 463, 484
titelskydd 40, 117, 294 ff., 562
tjänlighet 422
tjänst 57, 99, 103, 207, 496
tobakslagen 356
token 130
tom denotation 116
top of mind 298
toppdomän 371
tort 53
trademark 26, 130
transaktionskostnad 520
transport 437
trebokstavsmärke 229, 315
triangeldrama 71
TRIPS-avtalet 33 f., 63, 199, 249, 299 f., 345
Troller, Alois 58
tryckfrihet 398, 400, 434
trängsel 249, 375, 540 f., 558, 572 f., 583
tvistlösning 373
tivstlösningsförfarande 372
TV-reklam 497
tvåbokstavsmärke 231
tvångsmärkning 41
typ 242, 346, 448
typografi 274
typografisk formgivning 278, 464
typografiskt inslag 464
typsnitt 408 f., 458, 462, 481, 564

Uggla, Claës 316, 361
undantagsfall 342
undantagskaraktär 308
undermålighet 497

underrättelse 423
undersökning 444
unicitet 77
unikum 388
universell denotation 119, 205, 535
universell konnotation 116, 535
uppfattningsmonopol 98 f., 104, 141, 359
uppfinning 362, 517
uppfinningsbegrepp 32
uppfinningshöjd 72, 380
upphovsman 155, 294, 296
upphovsrätt 20, 31 f., 72, 97, 117, 155, 177 f., 248, 251, 290, 294, 517, 538
upplysning 202, 236
uppmärksamhet 323, 433, 516
uppmärksamhetsskapande utnyttjande 524
uppmärksamhetsvärde 27, 40, 479, 483 f., 510, 524 ff., 531, 544, 561
uppsåt 432
Urde, Mats 59
ursprung 17, 89, 94, 96, 339 f., 406, 443, 528, 576
ursprunglig mening 121, 144, 535
ursprunglig referens 152, 535
ursprunglig särskiljningsförmåga 142, 144, 150, 188, 190, 194, 229, 280, 289, 379, 532
ursprungsangivelse 120, 184, 231, 451
ursprungsangivelsefunktion 77, 84, 100 f., 183, 249, 375, 455, 520, 531 f.
ursprungsbeteckning 238, 284, 469, 488, 490
ursprungsförväxling 284, 324, 336, 530
ursprungsgaranti 89, 405
ursprungsort 339, 341
ursprungsprincip 252, 269
urvattning 29, 156, 160, 197, 264, 297, 300, 307, 317, 323, 325, 359 ff., 385, 425, 427, 455, 496, 503, 507, 516, 523 f., 524 f., 529, 539 f., 547, 556
urvattningsrisk 156, 383, 401, 406, 423, 426, 485, 510
urvattningsskydd 63
utbytbarhet 114
utebliven vinst 510
utelämnande 444
utfästelse 103, 426
utförande 353, 443
utgivningsbevis 296
uthållighet 154
utmärkande egenskap 130, 469, 476
utmärkelse 443 f.
utnyttjande 402, 475
utpekande 473
utpekande definition 167
utseende 99, 136
utsmyckning 328 f.
utstyrsel 20, 44, 63, 183, 352 f., 461, 485, 504 f., 517
uttal 115, 274, 280, 291, 323
uttalbarhet 227
uttalsmässig likhet 281
uttalsmöjlighet 278

vag formulering 475
Wallberg, Knud 575
valör 439

vana 154
vapen 20, 37, 250
Warenmarke 130
varsamhet 342
varuförteckning 46, 343, 397, 549
varukännetecken 20 f., 65
varukänneteckenslikhet 555 f.
varumärke 20 f.
varumärkesbrist (se *kännetecknens-brist*)
varumärkesbyggande 28, 31, 184, 359
Varumärkesdirektivet 34, 47
varumärkesförfalskning 423, 477
Varumärkesförordningen 34
varumärkesintrång 475, 477, 487, 489
varumärkeskapital 158
varumärkeskommunikation 18
varumärkeslagen 20
varumärkesstrategi 18, 197, 362, 502, 515, 519
varumärkesträngsel 540 f., 558, 570, 572 f., 583
varumärkesutvidgning 29, 502
varumärkesvård 29
varumärskesstrategi 572
varuslag 43, 46, 197, 219, 228, 263 f., 303, 374 f., 397, 400, 539 f., 544, 548 f., 565
varuslagslikhet 48, 182, 249, 252, 265, 267 f., 282 ff., 297, 312, 322, 333, 355, 369, 382, 384, 441, 541, 551, 554 ff., 559 f.
varutyp 216
varuutstyrsel 73, 460, 464, 524
varumärkesbyggande 515
vederhäftighet 444, 468, 472, 506
verb 122, 131, 290, 517
Verkehrsdurchsetzung 191
verksamhet 184, 492, 496
verksamhetsord 286
verksdebatt 32
versal 408
vertikalt avtal 98
Wessman, Richard 58, 150, 164, 222, 252, 262, 284, 312 f., 317 f., 321 ff., 336, 377, 522, 546 f., 550, 559
vida kretsar av allmänheten 301, 304 f., 309, 430
vidareförsäljning 404, 417
vikt 204, 231, 343, 437
vilseledande 18, 46, 52 ff., 86, 91, 97, 102, 177 ff., 201, 341, 376, 389, 396, 439, 467, 469, 480, 496 f., 504, 508, 543 f., 562, 576 f., 577, 584
vilseledande argumentation 500
vilseledande efterbildning 352, 354, 459 ff., 480, 508, 527, 536, 544, 563
vilseledande kännetecken 20, 54, 61, 101 f., 339 ff., 352, 354, 388, 424, 427, 429, 433, 443 ff., 460, 562 f., 583, 585
vilseledande marknadsföring 55, 103, 441, 499, 504, 558
vilseledande om egenskap 81 f., 343 ff., 364, 443, 445 ff., 574
vilseledande om ursprung 232, 443, 459, 574

vilseledande om geografiskt ursprung 239 f., 345 ff., 446, 448 ff., 573, 579, 585
vilseledande om kommersiellt ursprung 52, 340, 352 ff., 380, 415, 433, 443, 446, 454, 456 ff., 467, 475, 482, 505 f., 518, 529, 543 f., 561, 584
vilseledande om kvalitet 459, 579
vilseledande reklam 34, 468 f.
vilseledande utstyrsel 562
vinst 426, 575
WIPO 199
WIPO-resolutionen 199, 300
vir optimus 378
visuell likhet 271, 280, 281
visuell skillnad 332
visuellt intryck 230, 277
vite 342, 432
vitesförbud 54, 56
vitsighet 115
Wittgenstein, *Ludwig* 23, 166 f., 533
VK 47, 62
World Trade Organization (WTO) 33, 35
väl ansedd 27, 91, 99, 101, 140, 153, 296 ff., 309 f., 319, 382 f., 397, 433, 479, 515, 523, 527, 544, 548, 560, 582
väl känd 297, 308, 310, 312, 370, 397, 464, 487 f.
välkänd 199, 451, 305, 482 ff.
välrenommerad 27, 154, 278, 296 f., 338, 397, 399, 523, 548
värde 158, 174, 309, 336, 391, 478, 496, 516
värdeladdning 164
värdemening 382
värdeomdöme 177
värdeuttryck 359
världshandel 35
världskännetecken 18, 297 f., 311
världsspråk 218
väsentlig egenskap 469, 476
växelverkan 377

yrke 136
yrkeskrets 311
yrkesmässig verksamhet 493
yrkesorganisation 422
yrkessammanslutning 191, 254
yttrandefrihet 243, 336, 400, 434, 582

Zeichen 130
von Zweigbergk, Åke 243 f.

åberopande 92, 156, 265, 297, 364, 394, 402 ff., 425 ff., 472 f., 476, 506, 510, 516, 522, 561, 565
åberopandeobjekt 402
åklagare 46, 342
åläggande 431 f.
åndsproduksjon 155
återförsäljaravtal 419
återförsäljare 365, 405, 412, 415, 419, 457, 263
återförsäljarorganisation 412, 415
åtgärd 429, 518, 562

äganderätt 40, 135
ändamål 264, 391, 395, 469, 471, 558
ändamålsenlighet 61, 444
ändring 233, 254, 425 f.

överdrift 444, 497
överförd mening 145
överföring 371
överföringsfunktion 123
överlappning 50
överlåtelse 42, 86 f., 400, 520
överlåtelseavtal 529
överraskningsmoment 247
överskådlighet 575
övligt sätt 416 ff., 420

I skriftserien MercurIUS har tidigare utgivits:

1. Lars Gorton, Rättsliga ramar för internationella affärer – en översikt, 1993
2. Gunnar Karnell (red.), Digitalisering och upphovsrätt – nytt skapande, nya regler, nya intrång, nya avtal – aspekter på en ny medierätt, 1993
3. Erik Nerep, Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet, 1994
4. Johnny Herre, Ersättningar i köprätten. Särskilt om skadeståndsberäkning, ak. avh., 1996
5. Eric M. Runesson, Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Särskilt om köplagens reglering av risken för ökade prestationskostnader, ak. avh., 1996
6. International Studies in Taxation: Law and Economics. Liber Amicorum Leif Mutén, 1999
7. Jon Kihlman, Fel. Särskilt vid köp av lös och fast egendom, ak. avh., 1999
8. Rättsvetenskapliga studier tillägnade minnet av Knut Rodhe, 1999
9. Torsten Seth, Tvistlösning i WTO. Om rättens betydelse i den internationella handelspolitiken, ak. avh., 2000
10. Taxation of Small and Medium-Sized Enterprises. National Reports presented at the Stockholm School of Economics June 10–12, 1999, 1999
11. Erik Nerep, Aktiebolagsrättslig analys. Ett tvärsnitt av nyckelfrågor, 2003
12. Lars Henriksson, Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans, ak. avh., 2003
13. Lars Henriksson (red.), Legislation and Cases on EC Competition Law, 2004