

Fråga 1

Som huvudregel inom varumärkesrätten gäller att ensamrätten som tillkommer märkeshavaren ska respekteras, inte bara i det land där varumärket är registrerat eller inarbetad, utan även utanför detta lands gränser.¹ Emellertid görs genom samordnade europeiska konsumtionsregler vissa avsteg från denna princip. Rättshavarens möjlighet att genom sin ensamrätt dirigera en varas framtida omsättning och spridning är därför i viss mån begränsat.

I syfte att främja den ekonomiska utvecklingen och en effektiv konkurrens inom EU förbrukas därför märkeshavarens befogenheter med avseende på en viss vara inom EES-territoriet, då varan lovligen förts ut på EES-marknaden (VML 4 a § 1 st.).² Huruvida Pelles köp av klockor från fabriker i Tyskland leder till konsumtion, är därför avhängig av om uren har förts ut på marknaden på sätt som anges i 4 a § 1 st. Att Pelle som konsument kunnat köpa klockorna direkt från fabriken, åtminstone tyder på att en marknadsföring inom EES faktiskt har ägt rum, enligt VML 4 a §.³ Naturligtvis måste beaktas att vi inte vet huruvida Pelle i samband med köpet av klockorna från fabriken ingått ett återförsäljaravtal med upphovsmannen. I ett sådant läge skulle Pelle kunna iklä sig en roll som lovlig parallellimportör även på den australiensiska marknaden.

Att klockorna således marknadsförts på EES-territoriet innebär att det inte längre finns några hinder mot att klockorna importerats till och säljs på bl.a. den svenska marknaden.⁴ Pelle är vidare berättigat att marknadsföra dessa klockor i andra skandinaviska länder som också ingår i samarbetsområdet. Klockorna kan däremot inte av Pelle marknadsföras på marknader som ligger utanför EU-territoriet, som exempelvis den australiensiska marknaden.

Vad gäller köpet av klockor från butiker i USA, gäller att konsumtionen har inträtt för dessa fysiska varor på den amerikanska marknaden. Detta är en direkt följd av att de ifrågavarande klockorna lovligen förts ut på den amerikanska marknaden av märkeshavaren, eller någon som haft den senares samtycke. USA utgör ett i detta sammanhang säreget varumärkesrättsligt område och med hänsyn till att märkeshavaren ska kunna

¹ Koktvedgaard, M & Levin, M, Lärobok i Immaterialrätt, s. 302.

² VML 4 a § har sitt ursprung i art. 7.1 varumärkesdirektivet (89/104/EEG).

³ Se även bedömningen i Koktvedgaard & Levin, s. 345.

⁴ Principen om regional konsumtion har slagits fast av EGD bl.a. i mål C-355/96 (Silhouette).

upprätthålla olika priser på skilda marknader måste den begränsade konsumtionen i detta läge respekteras. Här måste även beaktas att vi inte vet vad som regleras i den amerikanska varumärkesrättsliga lagstiftningen. En ren export från USA till Sverige kan därför mycket väl ske, med följden att den varumärkesrättsliga ensamrätten för de exporterade varorna konsumeras för EES-området. Då klockorna uppenbarligen varit avsedda för den amerikanska marknaden, har en export med märkeshavarens samtycke emellertid inte skett i förevarande fall.

Såsom framgår av VML 4 a § 2 st. är den varumärkesrättsliga konsumtionen tämligen begränsat i de fall där varan förändrats eller försämrats efter en lovlig marknadsföring. Regeln täcker inte enbart fall där varan modifierats, utan gäller även då marknadsföringen riskerar att vålla varumärket allvarlig skada.⁵ Vad gäller Pelles specialerbjudande, torde vara otvivelaktigt att både Omega och Rolex har ett berättigat intresse av att motsätta sig en förändring av de egna klockorna. Då ursprungsproduktens kvalitet inte längre kan kontrolleras av märkeshavaren, riskerar en försäljning av undermåliga klockor att allvarligt skada märkenas renommé. Visserligen har Pelle ändrat varumärket och därmed delvis markerat förändringen. Emellertid bör ifrågasättas huruvida en namnändring ska anses vara tillräcklig för att kringgå en tillämpning av VML 4 a § 2 st. Vid en avvägning av de intressen som ingår, framstår som rimligt att både Omega och Rolex ska kunna motsätta sig en vidareförsäljning av klockorna.

Vad vidare gäller en användning av märket "Romega" föreligger en överhängande risk för att Pelle gör sig skyldig till varumärkesintrång, främst på Omegas varumärkesskydd. Då enbart förväxlingsbara märken kan göra intrång måste avgöras i vilken utsträckning de båda märken liknar varandra. Det helhetsintryck som förmedlas konsumenten vid en ytlig besiktning talar i stor utsträckning för att ett utnyttjande av den särskiljningsförmåga som Omegas varumärke åtnjuter, har ägt rum. I detta sammanhang kan anmärkas att båda märken används på klockor (VML 6 § 1 st.) och därmed vänder sig till samma kundkrets; dessutom måste varumärket "Omega" anses vara synnerligen starkt inarbetat och därmed även äga ett anseendeskydd enligt VML 6 § 2 st.⁶ Sammanfattningsvis bör

⁵ Regelns extensiva innebörd fastställdes av EGD i mål C-337/95 (DIOR).

⁶ Varuslagslikheten utgör här inte något hinder; Koktvedgaard & Levin, s. 360 och NJA 1995 s. 635.

lämpligen en användning av Pelles varumärke, bl.a. genom annonsering i dagstidningar, innebära ett otillbörligt utnyttjande av Omegas renommé och särskiljningsförmåga.

Då varumärken skall fungera som förbindelselänk mellan en näringsidkares företag och dess kundkrets är en grundläggande förutsättning för registrering att varumärket besitter en viss särskiljningsförmåga, som gör det möjligt för konsumenten att urskilja näringsidkarens varor (VML 1 § 2 st. och 13 § 1 st.). Huruvida märket ”TidsMaskinen” kan registreras som varumärke, är därför avhängig av den distinktivitet som märket utstrålar såväl som märkets mått av oberoende från sedvanliga ord och beteckningar. Beteckningen ifråga torde inte riskera att förväxlas med andra varumärken, eller på annat sätt göra intrång i annans rätt. Några relativa registreringshinder föreligger således inte. Vidare är märket med största sannolikhet i stånd att skilja ut sig. Däremot kan ”TidsMaskinen” anses vara en alltför allmänt hållen beteckning som hotar att mer beskriva den avsedda användningen av varan – som naturligtvis delas av alla klockor och därför inte får göras till föremål för någon ensamrätt – än att vara en kreativ egenskapsantydning (VML 13 § 1 st.).

Trots att märket onekligen är deskriptivt, bör slutsatsen bli att det inte är känd som en typbeskrivning och därför mycket väl kan registreras som varukännetecken. Med hänsyn till märkets tämligen nyskapande utformning torde inte heller någon association till varans allmänna art riskeras.⁷ Det förhållande att Pelle som fysisk person ansöker om registrering, utgör inte i sig något hinder. Avgörande är istället huruvida märket används i ”näringsverksamhet” (VML 1 § 1 st.). Då Pelle avser att försälja klockorna med vinst, och då begreppet ”näringsverksamhet” allmänt anses ha en vidsträckt innebörd torde något registreringshinder emellertid inte föreligga.⁸

⁷ Se även EGD i mål 383/99 där varumärket ansågs deklarerat produktens avsedda användning.

⁸ Koktvedgaard & Levin, s. 330.

Fråga 2

Den svenska marknadsföringslagstiftningen har som grundläggande syfte att tillgodose bl.a. konsumenternas intressen såväl som att skydda konsumentkollektivet mot otillbörlig marknadsföring. De krav som marknadsföringslagen ställer på marknadsföringen är i princip att den ska stämma överens med god marknadsföringssed och även i övrigt vara tillbörlig mot bl.a. konsumenter (MFL 4 §).⁹ Regeln är tämligen allmänt hållen, men ger ändå en tydlig ledning vid den följande bedömningen.

Det föreliggande brevet är utformad som en reklam för en bestämd medicinsk behandling. Det rör sig följaktligen inte om någon viss vara som den bakomliggande näringsidkaren erbjuder. Enligt MFL 3 § innefattar termen ”produkt” emellertid även tjänster och det saknas därför anledning att inte tillämpa lagen även på den erbjudna hälsobehandlingen.

Vid marknadsföring genom reklam, är huvudregeln att det tydligt skall framgå vem som är den bakomliggande näringsidkaren (MFL 5 § 2 st.). Reklambrevet kan i detta hänseende förefalla något oklar, då sändarangivelsen på brevets framsida ger sken av att brevets ursprung är en butik i Uppsala. Detta motsägs emellertid av den mer precisa avsändaradressen i slutet av brevets baksida. Det kan således ifrågasättas om informationen är tillräckligt tydlig vad gäller sändarangivelsen. Troligtvis tillgodoses dock lagens krav på tydlighet, då konsumenten erhåller tillräckliga uppgifter om var avsändaren kan nås. Vad gäller själva behandlingen (produkten), torde ursprunget sakna egentlig betydelse (MFL 6 § 2 st. 2 p.). Dessutom ombeds konsumenten som ett första steg ta kontakt med näringsidkaren, vilket talar för att det inte är fråga om ett vilseledande.

Brevets inledande fraser ger uttryck för en garanti att den erbjudna behandlingen ska ge en ”ny figur”. Vid bristfälligt resultat tillförsäkras läsaren om att den gamla kroppen erhålls tillbaka. Viss kritik kan anföras utifrån standpunkten att det skulle röra sig om vilseledande marknadsföring, i så mening att den erbjudna datorstyrda behandlingen påstås inverka positivt på konsumentens hälsa (MFL 6 § 2 st. 2 p.).

Huruvida den erbjudna behandlingen faktiskt har den effekt på kroppen som reklamen förordar, är i grunden en fråga som måste avgöras genom en bedömning av objektivet påvisbara förhållanden. Med hänsyn till det konsumentskyddande syftet som ligger bakom marknadsföringsrätten, gäller emellertid en omvänd bevisbörda som

innebär att marknadsföringens vederhäftighet ska kunna bevisas av näringsidkaren.¹⁰ I förevarande fall innebär det sagda att marknadsföraren har att visa att den datorstyrda simulatorbehandlingen faktiskt ger exempelvis överviktiga personer en ”permanent viktkontroll”. Även om reklamen är tämligen återhållsam med att utlova några direkta resultat av simulatorterapien, talar mycket för att en inverkan på hälsan påstås kunna uppnås med hjälp av den erbjudna behandlingen. Uttalanden som exempelvis ”Du går ner de kilon Du fått nog av” pekar utan tvivel i denna riktning. Här kan även noteras att de återopade uttalanden från nöjda kunder, i detta sammanhang utgör ett ringa stöd för att en positiv hälsoutveckling faktiskt uppnås med behandlingen.¹¹ Utan att närmare gå in på en bedömning av produktens vederhäftighet och funktionsduglighet kan därför slutas att marknadsföraren är tvungen att visa att produkten har den inverkan på hälsan som anges i reklamen, med risk för att produkten klassas som otillbörlig.

Med hänsyn till det genomgående kravet på god marknadsföringssed, bör de citerade kunduttalanden granskas ytterligare. Visserligen innebär inte ett återopande av uttalanden från nöjda kunder i sig ett vilseledande i marknadsföringslagens mening;¹² ändå måste uttalandenas vederhäftighet och trovärdighet kunna styrkas av marknadsföraren, då de kan ha en inte obetydlig inverkan på konsumentens köpvillighet. Vad rättsordningen härigenom söker uppnå är att förhindra att konsumenten vilseleds genom ett allmänt lovprisande som saknar verklighetsanknytning. Påpekas bör, att MFL 6 § 2 st. inte är avsedd att vara uttömmande; andra typer av vilseledande än de som räknas upp, kan alltså mycket väl vara förbjudna.¹³ I situationer som den förevarande – där en hälso-behandling marknadsförs – torde dessutom särskilt höga krav ställas på att uttalanden från nöjda kunder är sanningsenliga, då dessa ofta utgör det enda bevis på att behandlingen som marknadsförs verkligen har en (positiv) inverkan på kroppen. Även i denna del bör således av näringsidkaren kunna krävas, att han kan styrka marknadsföringens vederhäftighet. Det som ifrågasätts är alltså inte sanningsenligheten av konsumenternas upplevelser som sådana, utan deras orsakssamband med den datorstyrda behandlingen. Att gå ner i vikt eller känna en större tillfredsställelse över sin kropp, kan ha en mängd olika orsaker.

⁹ Vad som menas med ”god marknadsföringssed” framgår av MFL 3 §.

¹⁰ Nordell, P. J, Marknadsrätten – En introduktion, s. 92 f.

¹¹ Se nedan om bedömningen av de citerade kundutlåtandena.

¹² Nordell, P. J, Marknadsrätten – En introduktion, s. 57.

Konsumenten erbjuds enligt reklamen även att teckna en skriftlig garanti innan behandlingen. Av brevet framgår vidare, att tecknandet föregås av både en analys av de individuella vikt- och figurproblemen, såväl som en överläggning där man gemensamt ska komma fram till hur hälsoproblemen angrips på bästa sätt. Då garantin framstår som en möjlighet vars innehåll inte är på förhand bestämd, kan den inte anses vilseleda konsumenten om dennes rättsliga ställning eller på annat sätt vara missvisande.¹⁴

Reklamerbjudandet innehåller vidare påståenden om att den erbjudna elektroniska behandlingen är ”världens mest avancerade”. Uttalanden av detta slag riskerar att vilseleda konsumenten om produktens faktiska kvalitet i förhållande till liknande produkter på marknaden. Även här krävs därför att marknadsföraren kan bevisa att uttalandet vid en objektiv bedömning stämmer överens med verkliga omständigheter och att det således inte är fråga om något vilseledande; något som är praktiskt taget omöjligt vid – som i detta fall – väldigt generaliserande påståenden.¹⁵ Formuleringen är således med största sannolikhet ovederhäftig och därmed otillbörlig. En fortsatt användning av den nämnda formuleringen bör därför förbjudas i enlighet med MFL 4 § 1 st. och 14 § 1 st. Förbudet torde också förenas med vite enligt MFL 19 §. Att behandlingen påstås vara en ”helt ny upplevelse” kan däremot inte på samma sätt vara vilseledande.

Att i marknadsföringen använda sig av uttrycket ”gratis” anses i regel vara otillbörlig, om man därigenom söker dölja andra kostnader som uppstår eller att uppmärksamheten på annat sätt leds bort från ett köp av en huvudprodukt. Erbjudandet om att få en gratis provbehandling kan dock i sig inte ses som otillbörlig, så länge det inte är förenad med ytterligare förpliktelser för kunden, vilket inte verkar – såvitt framgår av reklamen – vara fallet här. Att beakta är också att näringsidkaren, inom ramarna för marknadsföringslagstiftningens syfte, själv måste kunna utforma egna konkurrensmedel.

¹³ A.a. s. 53.

¹⁴ A.a. s. 56.

¹⁵ Se härtill MD 2000:20, där fråga var om påståendet ”Världens skönaste sångar” var otillbörlig.

Fråga 3

a) Frågan som inledningsvis måste ställas är huruvida redaktören var behörig att medge en publicering av Adrians musikrecensioner på webbsidan, eller om möjligen ett intrång i Adrians ensamrätt har ägt rum. Såsom framgår av URL 1 § 1 st. förutsätts att upphovsrätten till ett verk tillfaller den fysiska personen som har skapat verket. De krav som därvid ställs på bl.a. litterära verk är att de ska utstråla en viss originalitet och särprägel som resultat av upphovsmannens självständiga, skapande insats. Med hänsyn till de låga kraven för upphovsrättsligt skydd, såväl som Adrians anseende som författare av kontroversiella och färgstarka recensioner torde inte råda några tvivel om att recensionerna är att se som litterära verk.

Vem som erhåller upphovsrätten till verken torde främst vara avhängig av det anställningsförhållandet som finns mellan Adrian och tidningsföretaget, samt den sedvana som formats inom branschen.¹⁶ Den rimliga utgångspunkten är att rätten till ett normalt utnyttjande av journalistens verk tillkommer redaktionen. Detta förutsätter att utnyttjandet sker inom ramen för tidningens verksamhet. Inte minst av praktiska skäl är en sådan huvudregel att föredra. Emellertid måste hänsyn tas till att Adrian inte har någon fast anställning och att hans recensioner även förefaller äga ett egenvärde som är oberoende av lördagsbilagans övriga innehåll. Vid en rimlig avvägning kan tidningens avledda rätt således inte innefatta någon behörighet att medge utnyttjande av recensionerna av annan än tidningen själv (se även den dispositiva regeln i URL 28 §).¹⁷

Ensamrätten – som framgår av URL 2 § – omfattar en rätt för upphovsmannen att göra verket tillgängligt för allmänheten i olika teknikformer (2 § 1 st.), genom att exempelvis framföra det offentligt (2 § 3 st.). Att publicera recensionerna på webbsidan måste med hänsyn till det ovan sagda såväl som webbsidans spridningspotential, innebära ett intrång i Adrians ensamrätt såsom den kommer till uttryck i URL 2 §.¹⁸ Med hänsyn till webbsidans kommersiella natur, kan ett offentligt framförande ej heller motiveras med bestämmelsen i 21 § (se även NJA 1967 s. 150). Konsumtionsreglerna i 19-20 §§ berör enbart spridnings- respektive visningsrätten av exemplar och äger således inte någon tillämpning i detta sammanhang.

¹⁶ Kocktvedgaard, M & Levin, M, Lärobok i Immaterialrätt, s. 105.

¹⁷ A.a. s. 106

¹⁸ Se NJA 1986 s. 702 om intrång genom offentligt framförande.

Då intrång kunnat konstateras, är Adrian enligt URL 54 § 1 st. principiellt berättigat till en ersättning som avser skäligt vederlag för utnyttjandet. Eftersom redaktören på ”20+.se” med största sannolikhet inte agerade varken uppsåtligt eller grovt oaktsamt, bör en straffsanktionering enligt URL 53 § inte aktualiseras. I övrigt gäller som huvudregel att ersättning enbart ska utgå till det negativa kontraktsintresset.¹⁹ Ett uteblivet avtal om publicering av recensionerna i bokform, bör därför inte ersättas.

b) Huvudregeln inom upphovsrätten är att ensamrätten till ett litterärt verk tillkommer upphovsmannen, d.v.s. den bestämda fysiska personen som skapat verket (URL 1 § 1 st.). Vidare gäller enligt presumptionsregeln i URL 7 § 1 st. att den vars allmänt kända pseudonym utsättes på exemplar av verket ska anses vara upphovsmannen. Då pseudonymen som Adrian använder sig av, inte är känd av varken allmänheten eller tidningen är presumptionsregeln inte direkt tillämplig. Bestämmelsen i URL 7 § 2 st. är ett undantag från regeln i första stycket, i fråga om sättet att ange upphovsmannen. Däremot synes inte anges hur icke-kända pseudonym som är utsatta på exemplar av verket ska hanteras. Det saknas emellertid anledning, att inte låta utgivaren (alternativt förläggaren) även i dessa lägen företräda upphovsmannen, till dess den senare har kunnat identifieras och därmed kan ta tillvara sin rätt. I samma riktning talar även den avledda upphovsrätt som genom anställningsförhållandet normalt tillfaller tidningen.²⁰ Att det här rör sig om en artikel om litteraturhistoria och inte någon musikrecension inverkar inte på bedömningen. Att en främmande person med orätt hävdar sig vara artikelförfattaren innebär vidare, att Adrian måste göra gällande sin rätt genom att lägga fram bevisning som ger stöd åt uppfattningen att upphovsrätten tillkommer honom.²¹ Det är dock viktigt att påpeka att namnangivelserätten enligt URL 3 § 1 st. i sig inte skyddar mot ett obefogat utnyttjande av en pseudonym.²² Däremot kan Adrian (eller tidningen) hävda att ett intrång i ensamrätten har ägt rum genom framträdandet i TV. Emellertid verkar en framgång av en sådan talan under rådande omständigheter tämligen osannolik, med hänsyn till bl.a. inskränkningarna i URL 2 kap.

Den av Adrian författade artikeln innehåller ett par dikter som publicerades för första gången 1931. Inledningsvis kan konstateras att den upphovsrättsliga skyddstiden varar

¹⁹ Koktvedgaard & Levin, s. 422.

²⁰ Se här till den närmare bedömningen under a).

²¹ Koktvedgaard & Levin s. 95.

²² A.a. s. 134 f.

intill 70 år gått efter upphovsmannens dödsår (URL 43 §); med hänsyn till Ismans påstådda deltagande i motståndsrörelsen under andra världskriget följer att de nämnda dikterna fortfarande åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Vidare gäller att i händelse av upphovsmannens död, upphovsrätten – och därmed även talerätten – går i arv enligt allmänna successionsrättsliga regler (URL 41 § 1 st.). Genom att Adrian återger ett par av Ismans dikter, använder han sig av den allmänna citaträtt som gäller för offentliggjorda verk (URL 22 §). Möjligheten att citera förutsätter emellertid att återgivandet sker enligt ”god sed” vilket har ansetts innebära att en lojalitet och en passande återhållsamhet ska iakttas.²³ I förevarande fall är ostridigt att Adrian använde det citerade materialet som hjälpmedel och i syfte att kritisera och belysa det verk som citaten härstammar från. Sådana syften kan i princip grunda en citaträtt, förutsatt att mängden citerat material i sig är motiverat. Med hänsyn till det anförda torde därför ett intrång i dikternas ensamrätt inte ha skett.

Likväl aktualiseras frågan huruvida ett intrång även i den ideella rätten – främst respekt-rätten enligt URL 3 § 2 st. – kan ha skett genom publicering av Adrians artikel. Härvid måste framhållas att även vid en återgivning inom ramen för URL 22 §, respekt-rätten gäller utan förbehåll, enligt URL 11 § 1 st. Då Harald Isman anses vara en av svenska folkets mest uppskattade poeter, måste en rimlig återhållsamhet iakttas vad gäller en publicering av dikterna i ett sammanhang som riskerar att kränka upphovsmannens litterära anseende eller egenart. Att hävda att Ismans dikter döljer ett nazistiskt budskap tyder i sig på att en kränkning mycket väl kan ha skett. I detta läge måste en rimlig avvägning göras, där dels upphovsmannens renommé och dels ett allmänt informations- och upplysningsintresse beaktas i skälig omfattning. Ismans konstnärliga anseende verkar därför, trots de i och för sig höga kraven, ha kränkts enligt URL 3 § 2 st.

²³ A.a. s. 166.