INSTITUTET
FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING
[CLI]

ULF BERNITZ

OTILLBÖRLIG KONKURRENS MELLAN NÄRINGSIDKARE

NORSTEDTS JURIDIK

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-f4371

INSTITUTET FÖR RÄTTSVETENSKAPLIG FORSKNING (CLI)

ULF BERNITZ

Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare

NORSTEDTS JURIDIK

NORSTEDTS JURIDIK
ingår i C.E. Fritzes AB, som också
ger ut böcker under namnen Allmänna Förlaget,
Publica och Aktuell Juridik.

Adress till förlaget:
C.E. Fritzes AB, Box 6472, 113 82 Stockholm
Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00.

Beställningar:
Fritzes kundtjänst, 106 47 Stockholm
Fax 08-20 50 21, telefon 08-690 90 90

OTILLBÖRLIG KONKURRENS MELLAN NÄRINGSIDKARE
Ulf Bernitz
Upplaga 1:1
ISBN 91-38-50116-3
© 1993 Ulf Bernitz och C.E. Fritzes AB
Omslag: Rolf Hernegran
Sättning: KK Grafiska AB, Stockholm
Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1993

Att mångfaldiga innehållet i denna bok,
helt eller delvis, utan medgivande av
C.E. Fritzes AB, är förbjudet enligt
Lag (1960:739) om upphovsrätt
till litteräta och konstnärliga verk.
Förbudet gäller varje form av mång-
faldigande: genom tryckning, kopiering,
bandinspelning etc.

Förord

Detta arbete har vuxit fram successivt under lång tid vid sidan av många andra arbetsuppgifter. Det har stötts av Institutet för rättsvetenskaplig forskning. Härför ber jag att få framföra mitt varma tack. Utarbetandet av studien över utvecklingen av Högsta domstolens praxis har fått stöd av Institutet för rättshistorisk forskning. Också för detta vill jag varmt tacka.

Min tacksamhet riktar sig även till jur. kand. Kenth Muldin, som tagit fram värdefullt underlag, institutionssekreteraren Inez Falkner, som i olika omgångar arbetat praktiskt med bakomliggande texter och juris studerandena Mikael Ideström och Hedvig Lokrantz Bernitz, som biträtt med upprättande av register och annat amanuensarbete.

Drottningholm i maj 1993

Ulf Bernitz

Innehåll

FÖRORD · 5

VISSA FÖRKORTNINGAR · 11

KAP. 1 INTRODUKTION · 13

KAP. 2 LÄRAN OM ILLOJAL KONKURRENS – ETT EG-PERSPEKTIV PÅ SVENSK RÄTT · 19
2.1 Inledning · 19
2.2 Kort om det europeiska rättsläget · 20
2.3 Pariskonventionen · 26
2.4 EG:s harmoniseringsarbete · 29
2.5 Den klassiska läran om illojal konkurrens och senare utveckling · 31
2.6 Huvudtyperna av otillbörlig konkurrens · 36
2.7 Ett EG-perspektiv på Sverige · 38

KAP. 3 HÖGSTA DOMSTOLEN OCH IMMATERIALRÄTTEN · 41
3.1 Rättsutvecklingen – några grunddrag · 41
3.2 Uppläggning · 46
3.3 Upphovsrättslig praxis · 48
3.3.1 Praxis omfattning · 48
3.3.2 Brukskonst · 49
3.3.3 Verkshöjdsbedömning i fråga om kataloger m.m. · 54
3.3.4 Musikframföranden · 58
3.4 Patent- och mönsterrättslig praxis · 65
3.4.1 Förhållandet mellan administrativ och judiciell prövning · 65
3.4.2 HD:s patenträttsliga praxis · 67
3.4.3 Mönsterrättslig praxis · 68
3.5 Firmarättslig praxis · 69
3.5.1 Bakgrunden · 69
3.5.2 HD:s erkännande av den materiella firmarätten · 70
3.5.3 9 § lagen mot illojal konkurrens · 75

3.6 Namnrättslig praxis · 77
3.6.1 Skydd för ideell förenings namn · 77
3.6.2 Skydd för egenartat släktnamn · 80
3.7 Varumärkesrättslig praxis · 84
3.7.1 Några utgångspunkter · 84
3.7.2 Skydd för oregistrerade varumärken · 85
3.7.3 Varumärkesrättens territoriella begränsning · 87
3.8 HD:s betydelse för immaterialrättens utveckling · 93

KAP. 4 OTILLBÖRLIG KONKURRENS MELLAN NÄRINGSIDKARE – DET GLÖMDA RÄTTSOMRÅDET · 100
4.1 Inledning · 100
4.2 Bedömningen av konkurrensskador enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler · 101
4.3 Avvecklingen av lagen mot illojal konkurrens · 106
4.4 Skyddet näringsidkare emellan enligt marknadsföringslagen · 109
4.5 Näringsidkares talerätt enligt marknadsföringslagen · 116
4.6 Något om marknadsdomstolens praxis · 120
4.7 Särskilt om efterbildning · 122
4.8 Avslutande synpunkter · 126

KAP. 5 MARKNADSFÖRINGSLAGEN OCH KÄNNETECKENSSKYDDET · 128
5.1 Förhållandet mellan lagarna · 128
5.1.1 Varumärkeslagen och lagstiftning mot illojal konkurrens · 128
5.1.2 Marknadsföringslagen · 131
5.2 Kännetecken som vilseleder om beskaffenheten av en verksamhet, vara eller tjänst · 133
5.2.1 Sanningsprincipen i varumärkes- och firmalagstiftningen · 133
5.2.2 Marknadsföringslagens vederhäftighetskrav · 135
5.2.3 Vilseledande näringskännetecken i marknadsrättslig praxis · 137
5.2.4 Vilseledande varukännetecken i marknadsrättslig praxis · 139

5.2.5 Sammanfattande synpunkter · 142
5.3 Kännetecken som vilseleder om kommersiellt ursprung · 145
5.3.1 Bakomliggande överväganden · 145
5.3.2 Marknadsdomstolens och KO:s praxis · 146
5.3.3 Sammanfattande synpunkter · 151
5.4 Några ytterligare typfall · 154
5.4.1 Vilseledande åberopande av annans närings- eller varukännetecken · 154
5.4.2 Vilseledande användning av överlåtet eller licensierat kännetecken · 155
5.4.3 Vilseledande om förekomst av immaterialrättsligt skydd · 157
5.4.4 Vilseledande genom förväxlingsbar produktutformning eller design · 157
5.4.5 Slutord · 159

KAP. 6 VILSELEDANDE OM KOMMERSIELLT URSPRUNG – REFLEXIONER KRING AKTUELL PRAXIS · 161
6.1 Inledning · 161
6.2 Centrala bedömningskriterier · 164
6.3 Förpackningsutstyrslar · 165
6.4 Ordmärken m.m. · 168
6.5 Sammanfattande reflexioner · 172

KAP. 7 ÅBEROPANDE AV ANNANS VARUMÄRKE I MARKNADSFÖRING · 176
7.1 Olika former av åberopanden · 176
7.2 Åberopande av annans varumärke i reklam för reservdelar, tillbehör och service · 178
7.3 Åberopande av annans varumärke vid parallellimport · 182
7.4 Åberopande av annans varumärke vid jämförelser · 190
7.5 ROLLS-målet · 195

KAP. 8 OTILLBÖRLIGT INGRIPANDE I AVTALSFÖRHÅLLANDE · 199
8.1 Problemet · 199
8.2 »Interference with contractual relations» i common law · 203

8.3 »Opposabilité aux tiers» och »Verleitung zum Vertragsbruch» i fransk, tysk och schweizisk rätt · 204
8.4 Norsk rätt · 207
8.5 Avtalsbindning av tredje man och svensk rätt · 209
8.6 Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande och svensk rätt · 214
8.7 Slutord · 224

KAP. 9 FÖRBUDET MOT KOMBINATIONSERBJUDANDEN VID MARKNADSFÖRING · 225
9.1 Introduktion · 225
9.2 Allmän översikt · 226
9.2.1 Olika former av kombinationserbjudanden · 226
9.2.2 Skälen pro et contra förbudslagstiftning · 227
9.2.3 Rättsutvecklingen · 228
9.3 Rabattmärkesförbudet · 230
9.4 Förbudet mot andra kombinationserbjudanden · 240
9.4.1 Regelstrukturen · 240
9.4.2 Sambandsrekvisitet · 241
9.4.3 Försvåranderekvisitet · 244
9.4.4 Slutsatser om rättsläget · 247
9.5 Bedömningen av kombinationserbjudanden enligt generalklausulen · 248
9.5.1 Utgångspunkter · 248
9.5.2 Domstolspraxis · 249
9.5.3 Krav på tillåtna kombinationserbjudandens presentation m.m. · 251
9.5.4 Samlad bedömning · 254
9.6 Nordisk jämförelse · 255
9.6.1 Översikt · 255
9.6.2 Norge · 255
9.6.3 Danmark · 257
9.6.4 Finland · 259
9.6.5 Jämförelse · 260
9.7 Avslutande reflexioner · 260

CITERAD LITTERATUR · 264

CITERADE RÄTTSFALL · 274

SAKREGISTER · 279

Vissa förkortningar

BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BrB	Brottsbalken
CMLR	Common Market Law Reports
Ds	Departementsserien
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
EG	Europeiska gemenskapen (-erna)
EIPR	European Intellectual Property Review
FHL	Lagen om skydd för företagshemligheter
FirmaL	Firmalagen
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Tyskland)
Harv L Rev	Harvard Law Review
HB	Handelsbalken
HD	Högsta domstolen
IAA	International Advertising Association
ICC	International Chamber of Commerce
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright Law
IFIM	Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt (vid Stockholms universitet)
IKL	1931 års lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens
JT	Juridisk Tidskrift utg vid Stockholms universitet
KL	Konkurrenslagen
KO	Konsumentombudsmannen

KSL	Konsumentskyddslagen (Finland)
LU	Lagutskott(et)
MR	Markedsrådet (Norge)
MD	Marknadsdomstolen
MER	Marknadsetiska rådet
MFL	Marknadsföringslagen
NDM	Näringslivets Delegation för Marknadsrätt
NIR	NIR Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (tidskrift)
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avd I
NJA II	Nytt juridiskt arkiv, avd II
NOp	Näringslivets Opinionsnämnd
NU	Näringsutskottet
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
Ot prp	Proposisjon til odelstinget (Norge)
prop	proposition till riksdagen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rt	Norsk Rettstidende
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SkL	Skadeståndslagen
SOU	Statens offentliga utredningar
STIM	Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
UfR	Ugeskrift for Retsvæsen
UL	Utsökningslagen
URL	Upphovsrättslagen
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
WIPO	World Intellectual Property Organization
VmL	Varumärkeslagen

1 kap. Introduktion

Rättsområdet otillbörlig marknadsföring och annan otillbörlig konkurrens har enligt nutida synsätt dubbla skyddssyften. Det har till uppgift att ge skydd både för konsumenter och näringsidkare. Till de sistnämnda hör såväl individuella näringsidkare som utsätts för otillbörliga åtgärder – i regel från konkurrenter – som näringsidkarkollektivet såsom inköpare eller eljest som avnämare på marknadens efterfrågesida. Härutöver har rättsområdet i många länder också den tredje uppgiften att bereda integritets- och personlighetsskydd för individer och grupper såsom för konkurrensåtgärder som otillbörligt utnyttjar annans namn, bild eller livsöde eller som innefattar könsdiskriminering, rasdiskriminering m.m.

Historiskt har rättsområdet under benämningen illojal konkurrens utvecklats i Kontinentaleuropa och i Norden genom regler med huvudsakligt syfte att tillgodose näringsidkarnas skyddsintressen. Successivt har konsumentskyddet kommit att tillerkännas ökad vikt som det har blivit en central uppgift för regelsystemet på området att tillgodose. Denna utveckling har på många håll, och då inte minst i Norden, nått så långt att konsumentskyddet framstår som den mest centrala uppgiften för regelsystemet på området. I de nordiska länderna har detta lett till upprättandet av KO-institutionen, en statlig ombudsmannafunktion med uppgift att på konsumentkollektivets vägnar övervaka och tillämpa regelsystemet och verka för dess vidareutveckling. Denna modell för konsumentskydd tilldrar sig i dagens läge stort intresse på olika håll utanför Norden, inte minst inom EG.

I Sverige blev tillkomsten av 1970 års marknadsföringslag, utvidgad 1975, det avgörande steget i den utveckling som sedan lett till tillkomsten, under de drygt tjugo år som nu gått, av en omfattande konsumentskyddan-

de lagstiftning, såväl marknadsrättslig som rent civilrättslig och processrättslig. Det nya synsättet kom för första gången till klart och markant uttryck just i propositionen till 1970 års marknadsföringslag, där allmänmotiveringens formuleringar i mycket bär Carl Lidboms personliga signatur.

Önskemålet att sätta konsumentskyddet i centrum och ge lagen en utformning som kunde passa de nya tillämpande organen, i första hand KO, ledde emellertid till att den andra huvuduppgiften, att bereda näringsidkare ett rättsskydd mot otillbörliga åtgärder, starkt sköts i bakgrunden. Detta kom till uttryck både i lagens grundläggande begränsning till att avse åtgärder företagna vid marknadsföring – ett då nytt juridiskt begrepp – och i den närmare utformningen av lagens regler, framför allt i de delvis snäva motiven till generalklausulen, lagens huvudbestämmelse.

Enligt min uppfattning är marknadsföringslagens utformning på denna punkt ett barn av sin tid, nämligen den brytningstid i synen på konsumentskyddets betydelse som då rådde. Önskemålet att bereda ett starkt konsumentskydd mot otillbörliga marknadsföringsåtgärder står nämligen inte i motsättning till näringsidkarintresset av skydd mot sådana åtgärder. Skyddsintressena för de två kategorierna löper vanligtvis parallellt. Som exempel kan nämnas vilseledande framställningar om andra näringsidkares produkter och priser och vilseledande om geografiskt och kommersiellt ursprung. Näringsidkare, som inte drar sig för att utnyttja sig av otillbörliga marknadsföringsåtgärder i förhållande till den ena kategorin, gör det nog i regel också i förhållande till den andra. Härmed vare inte sagt att tyngdpunkten i synen på vad som utgör otillbörliga åtgärder alltid är densamma. Vissa typer tilldrar sig större intresse från konsumentsynpunkt, andra från näringsidkarsynpunkt.

Sett i ett europeiskt och även nordiskt perspektiv är den påtagligt snäva behandlingen av näringsidkarintresset av skydd mot otillbörliga åtgärder ett karakteristiskt drag för den svenska marknadsföringslagen. Man kan dock iaktta att verkligheten successivt åtminstone delvis har kommit ifatt. Skyddet för företagshemligheter, som på flesta håll tillgodoses inom ramen för lagstiftning mot otillbörlig konkurrens, har fått egen, tidsenlig lagstiftning. Marknadsdomstolen har på senare år delvis frigjort sig från vissa förarbetsuttalanden angående tolkningen av generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring och därigenom i praxis utbildat ett näringsidkarskydd bl.a. mot efterbildningar som vilseleder om kommersiellt ursprung och mot renommésnyltning.

Syftet med denna bok är att presentera och diskutera det nuvarande svenska rättsläget när det gäller näringsidkares skydd mot otillbörlig kon-

kurrens mot bakgrund av rättsläget i EG-länderna och det övriga Norden. Rättsområdets hittillsvarande styvmoderliga behandling i vårt land bildar den rättspolitiska basen för denna studie. Arbetet har tillkommit stegvis och resultaten har tidigare presenterats i form av artiklar i festskrifter och tidskrifter. Dessa har emellertid skrivits med tanke på att kunna bilda en mer samlad behandling av ämnesområdet. Den snabba rättsutvecklingen har gjort det lämpligt att nu lägga fram arbetet.

Den för rättsområdet grundläggande, klassiska *läran om illojal konkurrens* presenteras i kap. 2. Kapitlet har tidigare varit publicerat i Festskrift till Lars Hjerner, 1990 s. 5 ff. Vissa mindre nedskärningar m.m. har gjorts i texten. Här behandlas framväxten av och huvuddragen i den kontinentaleuropeiska synen på illojal konkurrens såsom ett sammanhållet rättsområde, delvis till skillnad från anglosachsisk rättsuppfattning. Kapitlet behandlar vidare reglerna på området i den grundläggande Pariskonventionen för industriellt rättsskydd, huvuddrag i EG:s harmoniseringsarbete, senare utveckling av läran om illojal konkurrens och vad som i EG-länderna i allmänhet anses utgöra de olika huvudtyperna av otillbörlig konkurrens. Kapitlet lägger ett för den fortsatta framställningen grundläggande perspektiv på rättsutvecklingen och rättsläget i Sverige.

Rättsområdet har nära beröringspunkter med immaterialrätten och det skydd mot efterbildning från konkurrenters sida som det immaterialrättsliga ensamrättsskyddet ger. Utvecklingen inom immaterialrätten och därvid särskilt i gränsytan mot otillbörlig konkurrens är därför av stort intresse. Denna sida av ämnet behandlas i kap. 3 med titeln *Högsta domstolen och immaterialrätten*. Detta stora kapitel har tidigare publicerats i den till hugfästande av HD:s 200-årsjubileum utgivna festskriften Högsta domsmakten i Sverige under 200 år. Del 2. Högsta domstolen och civilrätten s. 132 ff. Endast några obetydliga förändringar har gjorts i texten. Vad som här behandlas är den rättsutveckling som skett genom HD:s praxis alltsedan cirka 1920 inom valda delar av immaterialrätten. Vad som främst tagits upp är fall som rör frågan om ensamrätternas räckvidd och HD:s möjligheter att tillerkänna ensamrätterna ett ökat skydd, något som bl.a. har nära samband med valet mellan bunden och fri tolkningsstil. Av intresse är inte minst rättsutvecklingen i fråga om rättsskyddet för brukskonst och HD:s erkännande av den materiella firmarätten och namnrätten, säkerligen under intryck av Gösta Ebersteins insatser i litteraturen. Man måste dock konstatera att någon mera betydande rättsutveckling i praxis aldrig kom att äga rum på grundval av 1931 års lag mot illojal konkurrens.

Det efterföljande kap. 4 tar mera generellt upp rättsområdet *Otillbörlig*

konkurrens mellan näringsidkare i svensk rätt och har givits den karakteriserande undertiteln »Det glömda rättsområdet». Texten har tidigare i huvudsak varit publicerad i Festskrift till Jan Hellner 1984 s. 115 ff. Vissa kompletteringar har gjorts inom ramen för en ambition att inte mer än nödvändigt ingripa i framställningen som fortfarande behåller sin aktualitet. Kapitlet tar först upp den för svensk rätt karakteristiska, mycket snäva synen på möjligheterna att få ersättning för konkurrensskador enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler. Härefter behandlas samlat avvecklingen av den tidigare svenska lagen mot illojal konkurrens och de överväganden som gjordes vid marknadsföringslagens tillkomst om behov och inriktning av ett skydd för näringsidkare mot otillbörliga konkurrensåtgärder. Härefter diskuteras hur detta synsätt slagit igenom vid marknadsföringslagens tilllämpning i viktiga hänseenden i fråga om näringsidkares talerätt och marknadsdomstolens praxis. Kapitlet avslutas med rättspolitiska överväganden.

Kap. 5 behandlar *Marknadsföringslagen och kännetecknesskyddet.* Det har tidigare varit publicerat i NIR 1975 s. 179 ff. (Festhäfte tillägnat Seve Ljungman). Vissa uteslutningar och mindre kompletteringar har gjorts. Framställningen tar här upp det område där rättsutvecklingen genom marknadsdomstolens praxis kommit att få sin största betydelse. Kapitlet kan sägas bestå av två huvudddelar. Den förra tar upp kännetecken som är vilseledande i sig och där marknadsdomstolens praxis kommit att innebära en viktig komplettering till den kännetecknesrättsliga sanningsprincipen. Praxis följer fortfarande de linjer som dragits upp i de grundläggande avgöranden av marknadsdomstolen som här presenteras. Den senare delen behandlar kännetecken som vilseleder om kommersiellt ursprung. Här står de grundläggande målen om Catalinajackorna och Blomin i centrum. Också vissa andra typfall tas upp.

Det efterföljande kap. 6, *Vilseledande om kommersiellt ursprung. Reflexioner kring aktuell praxis* bör ses som en fortsättning av kap. 5. Detta kapitel har tidigare publicerats i Festskrift till Kurt Grönfors 1991 s. 51 ff. och har endast justerats obetydligt. Kapitlet redovisar den betydelsefulla rättsutveckling som skett på detta område genom marknadsdomstolens rikhaltiga praxis under de mer än femton år som gått sedan det i föregående kapitel redovisade »landmark case», Blominmålet. Kapitlet tar upp de centrala bedömningskriterierna och praxis och rättsläge i fråga om den marknadsrättsliga bedömningen av främst förpackningsutstyrslar och ordmärken.

Kap. 7 behandlar en central del av varumärkesrättens konkurrensrätts-

liga sida, nämligen *Åberopande av annans varumärke i marknadsföring*. Detta kapitel har tidigare varit publicerat i NIR 1981 s. 41 ff. (Festhäfte till NIR:s 50-årsjubileum). I kapitlet har åtskilliga tillägg gjorts angående senare tillkommen praxis. Rättsläget har emellertid knappast förändrats. I en första huvuddel av kapitlet behandlas åberopanden i samband med tillhandahållande av reservdelar, tillbehör och service, i en andra del åberopanden i samband med marknadsföring av parallellimporterade produkter – ett mycket aktuellt ämne – och i en tredje huvuddel åberopanden i samband med jämförelser.

Framställningen går härefter över till en utomlands välkänd, annan typ av otillbörlig konkurrensåtgärd, nämligen *Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande*. Kapitlet har tidigare i sin svenska version varit tryckt i Festskrift till Lars Welamson, 1987 s. 43 ff. Texten är väsentligen oförändrad utom i avsnitt 8.6, där framställningen delvis skrivits om med hänsyn till tillkomsten av den nya lagen om skydd för företagshemligheter. I detta kapitel är perspektivet av naturliga skäl i hög grad komparativt. Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande är en välkänd och viktig typ av otillbörlig konkurrensåtgärd både i angloamerikansk rätt (»interference with contractual relations») och i kontinentaleuropeisk rätt (»opposabilité aux thiers», »Verleitung zum Vertragsbruch»). I svensk rätt däremot är rättsfiguren knappast erkänd och har mycket oklara konturer utanför tillämpningsområdet för den nya företagshemlighetslagen. Framställningen tar upp möjligheterna till avtalsbindning av tredje man och de uttryck för rättsfiguren otillbörligt ingripande i avtalsförhållande som dock på olika håll står att finna i svensk rätt.

Det avslutande kap. 9 tar upp ytterligare en annan typ av otillbörlig marknadsföringsåtgärd, *Förbudet mot kombinationserbjudanden vid marknadsföring*. Denna framställning har tidigare i svensk version lagts fram i Festskrift till Hans Thornstedt 1983 s. 123 ff. men har fortfarande aktualitet. En del tillägg har gjorts föranledda av nytillkomna rättsfall, framför allt angående rabattmärkesförbudet. Det kan kanske förvåna att denna studie tagits med i arbetet, eftersom förbudet mot kombinationserbjudanden i den svenska marknadsföringslagen enbart riktar sig mot marknadsföring till konsument och man i förarbeten och praxis helt argumenterat kring förbudet utifrån konsumentskyddande synpunkter. Såsom framställningen visar förhåller det sig dock så att förbud mot kombinationserbjudanden från början tillkommit på tillskyndande av köpmannaorganisationer både i Sverige och andra jämförliga länder. Några specialbestämmelser just på detta område hade knappast kommit in i 1970 års marknadsför-

ingslag såvida inte, såsom skedde, denna åtgärd fått aktivt stöd från köpmannahåll. Över åren har förbudsreglerna mot vissa former av kombinationserbjudanden i oproportionerligt hög grad sysselsatt KO och marknadsdomstolen och en rättspraxis präglad av delvis mycket subtila gränsdragningar har utvecklats. I kapitlet presenteras och diskuteras denna praxis. Som artikeln torde visa ställer det sig svårt att se varför konsumentintresset skulle kräva specifika förbudsregler just på detta område; otillbörligt utformade pris- och förmånserbjudanden kan ta sig många former.

Tillsammantaget torde detta arbete utvisa, att otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare, trots en delvis betydelsefull rättsutveckling på senare år, fortfarande i mycket kan karakteriseras såsom »det glömda rättsområdet». Det framgår även att rättsläget härvidlag i viktiga hänseenden skiljer sig från vad som är det gängse inom bl.a. EG-länderna. Enligt min mening bör det svenska rättsläget på området anpassas till vad som framstår som europeisk standard på området. Detta kan ske med bibehållet välutvecklat konsumentskydd mot otillbörliga marknadsföringsåtgärder och med fullt beaktande av de krav på effektiv konkurrens som lagstiftningen mot konkurrensbegränsning ställer.

2 kap. Läran om illojal konkurrens – ett EG-perspektiv på svensk rätt

2.1 Inledning

I Europa, framför allt i Kontinentaleuropa, men även i Danmark och Norge, råder i allmänhet en i sina grunddrag gemensam rättssystematisk syn på otillbörlig konkurrens. Det som bär upp detta synsätt kan sammanfattas som *läran om illojal konkurrens*. Sett i stort betraktas skyddet mot illojal konkurrens såsom ett sammanhållet rättsområde, låt vara i nära kontakt med å ena sidan immaterialrätten och å andra sidan numera konkurrensbegränsningsrätt och marknadsrättsligt konsumentskydd. Uppgiften för detta kapitel är att klarlägga vad som bär upp denna lära och hur den påverkar synen på ämnesområdets lämpliga systematiska uppdelning. Däremot är inte avsikten att ta upp rättsläget på olika delområden; delvis återkommer framställningen härtill i det följande.

Sättet att se på illojal konkurrens har ett omedelbart praktiskt intresse från svensk synpunkt också därigenom att det genomsyrar EG, låt vara att som nedan skall beröras Storbritannien och Irland befinner sig i en särställning. Läran om illojal konkurrens ligger också bakom de internationella konventionsregler på området som tagits in i Pariskonventionen för industriellt rättsskydd och som också Sverige är bundet av. (Se 2.3 nedan).

Den kontinentaleuropeiska synen på illojal konkurrens såsom ett sammanhållet rättsområde har sina rötter i den franska rättsutvecklingen under 1800-talet men har i vårt sekel framför allt utbildats och successivt förfinats i Tyskland. Samma grundläggande synsätt gör sig emellertid gällande i Benelux-länderna, Schweiz och Österrike och de sydliga EG-länderna Italien, Spanien, Portugal och Grekland, liksom i stort sett i Danmark,

Norge och Finland. Så har också varit fallet i stater som Polen, Tjeckoslovakien, Ungern och Jugoslavien före övergången till socialistisk planekonomi. Vartefter som en ekonomisk liberalisering nu sker i denna del av Europa kan man iaktta ett återuppvaknat intresse för det tidigare rättsläget. Detta synsätt bygger på grunduppfattningen att näringsidkare har krav på rättsligt skydd mot illojala konkurrensåtgärder från andra näringsidkares sida i olika betydelsefulla hänseenden, såsom otillbörliga marknadsåtgärder, särskilt långtgående utnyttjande av immaterialrättsligt oskyddade prestationer och kännetecken, röjande och utnyttande av andra näringsidkares företagshemligheter, bestickning i näringsverksamhet m.m. Framför allt bör ett sådant skydd föreligga i förhållandet mellan konkurrenter. Synsättet kan som nämnts sammanfattas såsom läran om illojal konkurrens. Det har i flertalet av de nämnda länderna lagtekniskt slagit igenom i tillskapandet av en för området sammanhållen lagstiftning, t.ex. i Tyskland den ännu gällande Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) av 1909 och i Schweiz numera den nya Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) av 1986.

Fortsättningen av denna uppsats är upplagd så att en översikt av rättsutvecklingen ges i *avsnitt 2.2*. I *avsnitt 2.3* behandlas reglerna om illojal konkurrens i Pariskonventionen för industriellt rättsskydd och i *avsnitt 2.4* EG:s harmoniseringsarbete. Därefter görs i *avsnitt 2.5* en analys av huvuddragen i den klassiska läran om illojal konkurrens och dennas vidareutveckling. I *avsnitt 2.6* lämnas en översikt i punktform av de olika huvudtyperna av illojal konkurrens. I det avslutande *avsnitt 2.7* görs en återknytning till rättsläget i Sverige.

2.2 Kort om det europeiska rättsläget

Den omfattande och detaljrika näringsreglering som fanns i hela Västeuropa fram till slutet av 1700-talet eller början eller mitten av 1800-talet inrymde många regler om hur näringsidkare skulle uppträda inbördes inom skrån m.m., som kan sägas ha utgjort regler mot illojal konkurrens.[1] Dessa har emellertid numera i regel bara karaktären av historiska kuriositeter. De försvann med det gamla regleringssystemet och efterträddes under den

1 Bernitz, Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer, 1969 kap. 2 passim, bl.a. s. 115.

ekonomiska liberalismen på 1800-talet av en period då det i konkurrenshänseende rådde synnerligen stor rörelsefrihet näringsidkare emellan. Det var endast dröjande som behovet av ett visst rättsligt skydd mot otillbörliga konkurrensåtgärder kom till erkännande.

Begreppet illojal konkurrens, concurrence déloyale, utvecklades i *Frankrike* under loppet av 1800-talet.[2] Där hade allmän näringsfrihet införts redan under revolutionsåren, 1791. Rättsutvecklingen har i allt väsentligt skett inom ramen för domstolarnas rättstillämpning, varvid de allmänna reglerna om dolöst respektive culpöst skadeståndsansvar i art. 1382 och 1383 Code civil tillhandahållit den juridiska grundvalen. Dessa helt allmänt hållna stadganden, som bär upp den franska skadeståndsrätten, har ansetts tillämpliga också på konkurrensskador som utgör allmän förmögenhetsskada. På denna väg har i rättspraxis utbildats olika »actions en concurrence déloyale». De viktigaste och tidigast utbildade typerna har varit skydd mot användning av förväxlingsbara kännetecken och utnyttjande av andra känneteckens renommé utan att förväxlingsfara föreligger. Bland andra huvudtyper kan framför allt nämnas misskreditering av konkurrent och dennes produkter (dénigrement), otillbörligt tillägnande av konkurrents företagshemligheter, otillbörligt ingripande i avtalsförhållande samt andra otillbörliga former av slavisk efterbildning.

Fransk rätt på den otillbörliga konkurrensens område står fortfarande på denna okodifierade, genom rättspraxis successivt utvecklade skadeståndsrättsliga grundval, dock att domstolarna också har tillgång till förbud som sanktion. Någon bredare lagd lagstiftning på området har aldrig kommit till stånd. Däremot finns omfattande och ganska svåröverskådlig speciallagstiftning, delvis av låg statsrättslig valör, särskilt inom området otillbörlig marknadsföring.

I *Tyskland* kom rättsutvecklingen igång först omkring 1900.[3] Reichsgericht intog i slutet av 1800-talet, i motsats till de franska domstolarna, ståndpunkten att de dåtida, ganska ofullständiga immaterialrättslagarna och därvid framför allt varumärkeslagen, var exklusiva och inte kunde fyllas ut genom allmänna rättsprinciper utvecklade i praxis. Rättstillståndet ledde till kritik, varvid fransk rätt verkade inspirerande, och till krav på införande av lagstiftning. En första lag mot illojal konkurrens – utan gene-

2 Se närmare ibid s. 430 ff., Marianne Levin, Formskydd, 1984 s. 120, ff., Otillbörlig efterbildning (SOU 1987:1) s. 163 ff.

3 Bernitz, Marknadsrätt s. 438 ff., Marianne Levin, Formskydd s. 220 ff., Otillbörlig efterbildning (SOU 1987:1) s. 137 ff.

ralklausul – infördes 1896 och efterföljdes 1909 av den ännu gällande Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Man noterar särskilt att denna fortfarande gäller oförändrad i sina centrala delar, något som varit möjligt därigenom att tyngdpunkten i UWG mycket klart ligger på generalklausulen i lagens § 1. Denna har legat till grund för framväxten av en oerhört rikhaltig och successivt vidareutvecklad rättspraxis. I sak har rättsområdet i Tyskland i minst lika hög grad som i Frankrike tillskapats genom rättspraxis.

Generalklausulen i § 1 UWG stadgar[4] helt generellt, att den som i konkurrenssyfte företar handlingar i näringsverksamhet, som strider mot goda seder, kan träffas av förbud och skadestånd. Man finner här endast tre rekvisit, krav på näringsverksamhet, krav på konkurrenssyfte (»Wettbewerbsverhältnis») och krav på handlande mot god sed (»Sittenwidrigkeit»). Det sistnämnda har i domsmotiveringar ofta bestämts såsom »das Anstandsgefühl des verständigen und anständigen Durchsnittsgewerbetreibenden» men i realiteten är det väsentligen domstolarna själva och då främst högsta instans som på grundval av tidigare praxis och inte minst doktrinens insatser successivt har format innehållet i de tillämpade normerna.

UWG innehåller utöver generalklausulen särskilda regler riktade mot viktiga huvudtyper av illojal konkurrens, nämligen i huvudsak följande: vilseledande reklam, bestickning och tagande av muta, misskreditering av konkurrent, utnyttjande av kännetecken i förväxlingssyfte, prisgivande av företagshemlighet och otillbörligt utnyttjande av teknisk förebild eller föreskrift samt vissa, senare tillkomna, regler om kombinationserbjudanden och vissa typer av priserbjudanden i detaljhandeln. De nämnda reglerna är delvis straffsanktionerade men kompletteras och fylls ut av generalklausulen. På grundval av generalklausulen har emellertid härutöver ytterligare huvudtyper av otillbörliga konkurrensåtgärder utbildats. Hit hör framför allt otillbörlig efterbildning och renommésnyltning samt otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Det finns också ett nära samband mellan generalklausulen i 1 § UWG och vissa av generalklausulerna i Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) såsom § 823 Abs 1 och § 826, vilka i vissa lägen ger företag ett skadeståndsrättsligt skydd mot handlande från utomståendes sida som leder till uppkomsten av goodwillskador.

Den tyska UWG har nära motsvarigheter i Österrike och Schweiz. I

4 Generalklausulen lyder: »Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbes Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden».

Österrike gäller numera en i viss mån omarbetad UWG av 1984. Generalklausulen i § 1 överensstämmer ordagrant med § 1 i tyska UWG. I *Schweiz* har en ny, överarbetad, UWG införts 1986.[5] Denna utgör enligt min mening det mest intressanta och juridiskt högtstående lagverket inom ämnesområdet. Vad som gör den schweiziska lagen så intressant är framför allt att man i lagtexten ingående preciserat vilka förfaranden som, inom ramen för en allmän generalklausul, framför allt utgör otillbörlig konkurrens. Lagen får härigenom en stor konkretion. Den är också väl genomarbetad och kan sägas uttrycka ett slags medelproportional för vad som i Kontinentaleuropa brukar betraktas som illojal konkurrens. Från komparativ synpunkt har alltså den schweiziska UWG mycket att ge.

I *Italien* innehåller Codice Civile av 1942 ett par artiklar om otillbörlig konkurrens, som utgör huvudbestämmelserna på området, främst art. 2598 som omfattar några särskilt viktiga former av otillbörlig konkurrens.[6] Härutöver finns ganska omfattande specialbestämmelser.

I *Nederländerna* visar rättsläget åtskilliga likheter med Frankrike, ehuru rättsutvecklingen kommit igång på allvar långt senare. Grundläggande är de skadeståndsrättsliga artiklarna i art. 1401 och 1402 i Burgerlijk Wetboek, som nära svara mot art. 1382 och 1383 i franska Code Civil, samt vissa senare införda artiklar i civillagboken jämte vissa bestämmelser i strafflagboken.[7] Dessa bildar ihop en huvudsaklig lagreglering av området men utgör som framgått inte någon sammanhållen UWG. Däremot har *Belgien* en sammanhållande ny lag av 1991 mot otillbörlig konkurrens m.m. som bl.a. innehåller en allmänt hållen generalklausul.[8]

Som redan antytts befinner sig engelsk (och även irländsk) rätt i en särställning inom EG.[9] *England* saknar samlad lagstiftning på området och skyddet för näringsidkare mot otillbörlig konkurrens har i huvudsak utbildats inom ramen för common law genom att domstolarna utvecklat vissa huvudtyper av skadeståndsgrundande handlande, torts.

Den tort, som framstår som mest betydelsefull och också står den kontinentala rättsuppfattningen närmast, är action for *passing off*, egentligen

5 Lagtexten återfinns bl.a. i GRUR Int. (Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil) 1987 s. 159 ff.

6 Marianne Levin, a. a. s. 165 ff.

7 A. a. s. 255 ff.

8 Loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du Consommateur.

9 Se bl.a. Bernitz, Marknadsrätt s. 457 ff., Marianne Levin, Formskydd s. 149 ff., Otillbörlig efterbildning (SOU 1987:1) s. 149 ff.

»passing off one's goods as those of another». Den har gamla rötter i common law och har utvecklats till ett vidsträckt, varumärkesrätten kompletterande skydd mot användning av kännetecken i förväxlingssyfte. Inom ramen för passing off ges också visst, om än till räckvidden något oklart, skydd mot renommésnyltning på kända varumärken utan att förväxlingsfara föreligger och på välkända geografiska ursprungsbeteckningar.

Andra betydelsefulla torts på den otillbörliga konkurrensens område är framför allt action for breach of confidential information till skydd för företagshemligheter, action for the inducement of breach of contract till skydd mot otillbörligt ingripande i avtalsförhållande[10] och action for defamation (libel and slander) respektive for malicious falsehood till skydd för det personliga respektive kommersiella anseendet.

Engelsk rätt står traditionellt främmande för att sammanföra dessa torts under ett gemensamt överbegrepp »unfair competition». Måhända kommer rättsutvecklingen på längre sikt att gå därhän, men rättspraxis har ännu ej visat några klara tecken härpå och doktrinen är delvis negativ.[11] Ett skadeståndsansvar för »unfair competition» i en bred, allmän bemärkelse och därigenom inte så klart fixerat till räckvidden torde framstå som mindre väl förenligt med den traditionella uppbyggnaden av common law.

Det kan nämnas att i amerikansk rätt har motsvarande torts ofta en bredare räckvidd och det är relativt vanligt att sammanföra de olika »competitive torts» under termen unfair competition.[12] Varumärkesrätten brukar därvid ses som en del av området unfair competition. Någon samlad lagstiftning mot otillbörlig konkurrens finns dock inte heller i USA. Det förekommer åtskillig delstatlig lagstiftning på området.

Danmark och *Norge* har en markedsføringslov och en forbrugerombudsmand, i Norge benämnd forbrugerombud (FO).[13] I båda länderna har man emellertid, till skillnad från Sverige, i 1970-talets markedsføringslo-

10 Se kap. 8 nedan.

11 Frågan har berörts på många håll. En negativ syn på lämpligheten av dylik utveckling företräds sålunda av Cornish, Intellectual Property, London 1981 s. 588, se även s. 8 ff. En positiv syn på lämpligheten av att utveckla de nuvarande torts till en »generalized tort of unfair competition» framläggs däremot i Heydon, Economic Torts, 2nd ed, London 1978 s. 123 ff., särskilt s. 138. En ganska omfattande konsumentskyddande lagstiftning finns numera i England på marknadsföringens område, främst genom Fair Trading Act av 1973 som handhas av Office of Fair Trading.

12 Se ang. amerikansk rätt bl.a. Bernitz, Marknadsrätt s. 462 ff. med hänv. och McCarthy, Trademarks and Unfair Competition I–II, Rochester, 2 uppl. 1984.

13 Se om den nordiska utvecklingen bl.a. Bernitz, Svensk rätt i omvandling, 1976 s. 73 ff.

ver inkorporerat de äldre lagarna mot illojal konkurrens i deras helhet. Vad gäller skydd för näringsidkare mot otillbörliga konkurrensåtgärder har härigenom inte tillkomsten av de nya lagarna medfört någon egentlig förändring i det tidigare rättsläget. Således finns fortfarande i båda länderna inom ramen för marknadsrätten i realiteten en generalklausul mot illojal konkurrens av tysk modell. Särskilt i Danmark är denna flitigt tillämpad i rättspraxis.

I *Finland* har man däremot vidtagit den internationellt sett unika åtgärden att helt separera konsumentskydd och näringsidkarskydd på marknadsföringsområdet. Det förra inryms, jämte civilrättsliga och processrättsliga regler, i 1977 års omfattande konsumentskyddslag (KSL). Det senare har, jämte andra former av otillbörlig konkurrens inriktade på näringsidkarskydd, placerats i 1977 års särskilda lag om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet.[14] Med den angivna begränsningen att den bara avser näringsidkarskydd, är denna lag dock en sammanhållen lag mot illojal konkurrens, uppbyggd på en generalklausul i lagens 1 § som lyder: »I näringsverksamhet får inte användas förfarande, som strider mot god sed eller eljest är otillbörligt mot annan näringsidkare». Man har dock brutit denna systematik genom att flytta över straffbestämmelserna om marknadsföringsbrott, brott mot företagshemlighet, muta i näringsverksamhet m.m. till ett nykonstruerat kapitel 30 i strafflagen om näringsbrott.[15]

Sammanfattningsvis kan konstateras i ett EG-perspektiv att det finns ett i sina grunddrag enhetligt mönster för hur man ser på rättsskydd mot illojal konkurrens i Kontinentaleuropa och i Danmark, medan England och Irland befinner sig i en särställning genom att i huvudsak stå främmande för hela rättsfiguren illojal konkurrens. Detta skapar en grundläggande svårighet i harmoniseringsarbetet inom EG och i internationellt konventionsarbete på området över huvud. I Kontinentaleuropa kan man dock som framgått iaktta en skillnad mellan den franska modellen, byggd på rättsutveckling i domstolspraxis, och den tyska, byggd på lagstiftning som innefattar en bred generalklausul. Den senare förefaller ha varit framgångsrikast och mest utvecklingsbar.

14 Denna tudelning har kritiserats av Bernitz i artikeln Konsumenträtt och konkurrensrätt – några tankar kring det finländska förslaget till konsumentskyddslag i Defensor Legis 1977 s. 213 ff.

15 Finsk prop. 1988:66 ang. ändringar i strafflagstiftningen.

2.3 Pariskonventionen

Den grundläggande internationella konventionen inom det industriella rättsskyddet – främst patent- och varumärken – är som bekant Pariskonventionen för industriellt rättsskydd av 1883, senast reviderad i Stockholm 1967.[16] Till denna konvention är numera anslutna praktiskt taget alla stater på jorden av någon betydelse. Den tidigare utvecklingen mot en successiv vidareutbyggnad av konventionsförpliktelserna genom återkommande revisionskonferenser har emellertid avstannat till följd av blockering från u-ländernas sida.

Till det industriella rättsskyddet hänför konventionen även »undertryckande av illojal konkurrens» (art. 1 p. 2). Det i konventionens art. 2 fastslagna grundläggande kravet att medlemsländerna är förpliktade att bereda dem som tillhör annat medlemsland ett lika omfattande rättsskydd som landet bereder sina egna medborgare (dvs. nationell behandling) gäller alltså även för skydd mot illojal konkurrens. Pariskonventionen uppställer också krav på den lägsta skyddsnivå som medlemsländernas rättsordning måste upprätthålla.

Äldst på den illojala konkurrensens område är reglerna i art. 10 i Pariskonventionen som i ursprunglig form fanns med redan i ursprungstexten av 1883 men som fått en bredare räckvidd framför allt genom den konventionstext som antogs vid den diplomatiska revisionskonferensen i Lissabon 1958. Enligt art. 10 p. 1 skall det i alla anslutna länder vara möjligt att ingripa med beslag »i fall av direkt eller indirekt användning av en falsk angivelse rörande varans ursprung eller producentens, fabrikantens eller handlandens identitet». Enligt art. 10 p. 2 skall härvidlag alla näringsidkare som sysselsätter sig med varor av ifrågavarande slag ha talerätt, en regel inriktad på att skydda mot illojal konkurrens.

Den viktigaste bestämmelsen i Pariskonventionen med inriktning på illojal konkurrens är emellertid konventionens art. 10 bis som lyder (enligt Lissabontexten av 1958):

1. Unionsländerna är pliktiga att tillförsäkra dem, som tillhör något unionsland, verksamt skydd mot illojal konkurrens.
2. Varje konkurrenshandling, som strider mot god affärssed, utgör en handling av

16 Allmänt om Pariskonventionen, Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 5 ff., Godenhielm i NIR 1966 s. 290 ff.

illojal konkurrens.[17]

3. Särskilt skall förbjudas:

1) alla handlingar av beskaffenhet att, genom vilket medel det vara må, framkalla förväxling med en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel;

2) oriktiga påståenden i utövning av affärsverksamhet, ägnade att misskreditera en konkurrents företag, varor eller verksamhet inom industri eller handel;

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

Enligt den efterföljande art. 10 ter är medlemsstaterna skyldiga att tillhandahålla lämpliga rättsmedel för ett verksamt undertryckande av i art. 10 bis avsedda konkurrenshandlingar och att därvid bereda näringslivsorganisationer talerätt.

Räckvidden av de krav på utformningen av medlemsländernas rättsordningar som art. 10 bis ställer är omdiskuterad.[18] Klart är att uppräkningen i p. 3 inte är uttömmande. Den är i själva verket påtagligt ofullständig, inte minst saknas varje omnämnande av konkurrensåtgärder inriktade på att otillbörligt röja eller komma åt företagshemligheter. Inte heller finner man någon regel om skydd mot otillbörlig efterbildning som går utöver fall av förväxling eller vilseledande. Konventionen måste dock anses innebära att rättsskyddet i medlemsstaterna skall omfatta flera former av konkurrenshandlingar än de som uttryckligen nämns i p. 3. Frågan är emellertid hur man skall uppfatta p. 2. Kan den närmast ses som en definition eller bör den uppfattas så att konventionen kräver att medlemsstaternas rättsordningar skall ge skydd mot alla konkurrenshandlingar, som strider mot god affärssed, dvs. i realiteten innehålla något slags generalklausul, endera fastlagd i lag (som i Tyskland) eller erkänd i rättspraxis (som i Frankrike)? Den senare uppfattningen har starkt stöd i Kontinentaleuropa och har i Sverige förordats av Eberstein.[19] Den officiellt företrädda uppfattningen i Sverige

17 P. 2 lyder i franska texten: »Constitue un acte de concurrence déloyale tout acte de concurrence contraire aux usages honnêtes en matière industrielle ou commerciale».

18 Se till det följande Bernitz, Marknadsrätt s. 466 ff. med vidare hänv., Bodenhausen, Guide to the Application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Genève (WIPO) 1968 s. 142 ff., Ulmer, Das Recht des Unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band I, Köln 1965 s. 21 ff., Ladas, Patents, Trademarks, and Related Rights. National and International Protection, Vol. III, Cambridge Mass. 1975 s. 1675 ff.

19 Eberstein i NIR 1951 s. 1 ff.

har dock hela tiden varit att konventionen inte kräver att den nationella rätten innehåller en generalklausul, i vart fall inte så länge rättsskyddet täcker de i p. 3 nämnda typerna och innefattar ett skydd mot illojal konkurrens som på vissa områden går därutöver. Detta är också en uppfattning som väl låter sig försvaras om man ser till konventionstextens tillkomsthistoria. Den antogs vid Haagkonferensen 1925 som en kompromiss mellan kontinentaleuropeiskt och angloamerikanskt synsätt och torde ha byggt på uppfattningen att det rättsskydd som common law traditionellt har berett inom ramen för skadeståndsrätten (torts) skulle räcka till för att uppfylla konventionens krav.[20]

Sammanfattningsvis torde kunna sägas att medlemsländerna förbundit sig att inskrida mot sådana åtgärder som anses förkastliga både enligt internationell standard i välutvecklade länder och i det egna landet och därvid i vart fall mot de i p. 3 uppräknade typerna. Samtidigt måste emellertid tilläggas att Pariskonventionen bygger på uppfattningen att medlemsstaterna skall bereda näringsidkare ett skydd mot illojal konkurrens i bred mening och att kontinentaleuropeisk utformning av sådant rättsskydd stämmer bäst med konventionens intentioner.[21] Som framgått har dock konventionen inte förmått ändra angloamerikansk rätt och dess text har varit alltför ospecifik för att i högre grad kunna fungera som en minsta gemensam nämnare på rättsområdet.

I länder som tillämpar ett monistiskt synsätt och anser internationella konventioner utgöra en del av den interna rättsordningen i och med ratifikationen, har Pariskonventionen en mer omedelbar betydelse än t.ex. i Sverige. I vart fall p. 2 och 3 i art. 10 bis har en sådan utformning att de torde ha direkt effekt i dessa länder.[22] Det är inte heller ovanligt att Pariskonventionen direkt åberopas och tillämpas av domstol i t.ex. Frankrike och Belgien på talan av utlänningar eller utländska företag.

20 Så Ladas a. a. vol. III s. 1686.

21 I SOU 1987:1 s. 193 påpekades att förslaget till lag om otillbörlig efterbildning var »i Pariskonventionens anda».

22 Bodenhausen a. a. s. 30 f., 143, Levin a. a. s. 86, Ladas, a. a. vol. III s. 1687 med där refererat rättsfall.

2.4 EG:s harmoniseringsarbete

Inom EG uppmärksammades tidigt ett behov av harmonisering av rättsläget i medlemsländerna på den otillbörliga konkurrensens område. Man såg därvid särskilt till de allmänna önskemål att motverka sådana olikheter i rättsreglerna som skulle kunna leda till snedvridning av konkurrensbetingelserna som ligger bakom Romfördragets grundläggande bestämmelser om harmonisering av lagstiftning i art. 100 och 101. Härvid uppmärksammades särskilt sambandet med EG:s harmoniseringsarbete inom stora delar av immaterialrätten.

På EG-kommissionens uppdrag utarbetade Max-Planck-Institutet för immaterialrätt i München under ledning av Eugen Ulmer mycket omfattande översikter av rättsläget i medlemsstaterna. Det 1965 publicerade band 1 utgjorde en rättsjämförande översikt med förslag.[23] Ulmer förordade i första hand att EG-länderna skulle ingå en särskild konvention på området, i andra hand att EG:s ministerråd skulle utfärda direktiv.[24] Ulmer skisserade hur de gemensamma reglerna skulle kunna utformas och föreslog en brett formulerad generalklausul av tysk typ som grundläggande bestämmelse, kompletterad med särskilda regler för vissa viktiga delområden såsom orsakande av förväxlingsfara, misskreditering, inbegripet jämförande reklam, vilseledande marknadsföring och missbruk av företagshemligheter. Sanktionerna skulle primärt vara förbud och skadestånd. I stort byggde Ulmers förslag på tyska UWG som modell, ehuru med olika modifikationer.

Det har emellertid sedan länge stått klart att EG inte torde komma att genomföra en lösning enligt Ulmers modell. Härvid har uppenbarligen Storbritanniens och Irlands inträde i EG fr.o.m. 1973 spelat en stor roll. Det starka engelska motståndet mot en lösning enligt tysk generalklausulmodell är välkänt och har sin grundläggande förklaring i vad som sagts ovan i 2.2 om den annorlunda uppbyggnaden av det engelska rättssystemet på området. Engelsmännen har också med viss rätt kunnat hävda att behovet utifrån EG:s syften av en samlad harmonisering av hela rättsområdet otillbörlig konkurrens knappast torde vara påträngande.

23 Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft. Band I. Vergleichende Darstellung mit Vorschlägen zur Rechtsangleichung, München 1965. Band II (två halvband) behandlar Beneluxländerna, band III Västtyskland, band IV Frankrike, band V Italien och band VI Storbritannien.

24 A. a. s. 247 ff.

Väl så viktigt för utvecklingen inom EG har emellertid varit intresseförskjutningen mot konsumentskydd. Vad som kommit i förgrunden har varit behovet av att inom hela EG tillförsäkra konsumenterna ett rimligt skydd bl.a. mot otillbörlig marknadsföring, framför allt vilseledande reklam. Ett praktiskt uttryck för denna omsvängning var det faktum att kommissionens avdelning för konsumentskydd tog över ansvaret för frågan år 1977. Följande år publicerade kommissionen utkast till ett direktiv om vilseledande och otillbörlig marknadsföring. Det viktigaste resultatet har hittills blivit ett av ministerrådet 1984 antaget direktiv (84/450) som endast avser vilseledande marknadsföring.[25] Direktivet tillåter både en civilrättslig uppbyggnad av rättsskyddet byggd på rättstillämpning i allmän domstol, vilket är det normala i Tyskland och övriga Kontinentaleuropa, eller en kontroll primärt genom förvaltningsmyndighet, såsom i Danmark forbrugerombudsmanden. Det slås dock fast att konsumentorganisationer skall ha talerätt i domstol. Direktivet har som framgått en praktisk och försiktig uppläggning och ställer över huvud knappast några nya krav på länder med ett någorlunda välutvecklat rättssystem på området.

Planer på att komplettera direktivet med regler, riktade mot marknadsföring som är otillbörlig utan att vara vilseledande, t.ex. diskriminerande, integritetskränkande eller misskrediterande marknadsföring, har i vart fall ännu inte lett till konkret resultat.[26] Det föreligger ett direktivförslag om jämförande reklam. I fråga om TV-sändningar finns ett direktiv (89/552) som ger närmare regler om TV-reklam.[27]

En inspirationskälla bakom EG-direktivet har utan tvekan varit Internationella Handelskammarens (ICC:s) Grundregler för reklam. Dessa har en konkret och pragmatisk utformning med huvudsaklig inriktning på konsumentskydd och är skrivna närmast i en engelsk rättstradition. I själva verket utgör Grundreglerna inom sitt område det sannolikt viktigaste harmoniseringsinstrumentet i Västeuropa. De spelar en grundläggande roll

25 Se om denna utveckling och 1984 års direktiv Krämer, EEC Consumer Law, Bruxelles 1986 s. 152 ff., Reich, Unlauterer Wettbewerb und irreführende Werbung im EWG-Recht i Das UWG auf neuer Grundlage (ed C Baudenbacker), Bern 1989 s. 187 ff. Direktivets innebörd och frågan om marknadsföringslagens anpassning till direktivets krav, se SOU 1992:49, EES-anpassning av marknadsföringslagstiftningen och prop. 1992/93:110. Generalklausulens räckvidd har därvid utvidgats till att även avse marknadsföringsåtgärder i inköps- och annan anskaffningsverksamhet, se 4.4 nedan.

26 Härom bl.a. Bernitz i Unfair Advertising and Comparative Advertising (ed E Balate), Droit et Consommation XVII, Bruxelles 1988 s. 53 ff.

27 Se bl a prop 1992/93:75.

som normkälla för den utomrättsliga normkontrollen på marknadsföringsområdet i bl.a. England och Frankrike och har en erkänd ställning som supplerande normkälla vid tillämpningen av generalklausulerna i den nordiska marknadsföringslagstiftningen. Däremot har Grundreglerna aldrig fått större genomslag i Tyskland.

Ulmers efterträdare som chef för Max Planck-institutet, Friedrich-Karl Beier, har kritiserat EG-kommissionens oengagerade behandling av Institutets omfattande arbete och harmoniseringsförslag och har uttalat att det ursprungliga syftet att harmonisera rättsområdet otillbörlig konkurrens såsom en viktig del av det industriella rättsskyddet degenererat till en ensidig reklamrättslig reglering nästan enbart motiverad av konsumentskyddsintresset.[28] Enligt Beier utgör Ulmers förslag fortfarande en bärkraftig grundval för en välbehövlig lagharmonisering inom EG av området, om än Storbritanniens inträde och konsumentskyddets utveckling kräver modifieringar. Svårigheterna att inom EG hantera lagharmoniseringsprojekt av denna bredd och teoretiska grunduppläggning ter sig emellertid uppenbara.[29]

2.5 Den klassiska läran om illojal konkurrens och senare utveckling

Den tämligen enhetliga grundsyn på illojal konkurrens som utbildats i Tyskland och Frankrike jämte närliggande länder får inte betraktas som statisk. Den har genomgått en fortgående utveckling mot bakgrund av förskjutningar i synen på skyddsvärda intressen och skyddsbehov, något som redan framgått av vad som sagts om utvecklingen i EG. Som utgångspunkt kan man emellertid urskilja vad som kan kallas den klassiska läran om illojal konkurrens. Denna var helt dominerande i vart fall ännu på 1960-talet och utgångspunkt för Ulmers studie men hade sina rötter i rättsutveckling-

28 Beier, The Law of Unfair Competition in the European Community – Its Development and Present Status, IIC (International Review of Industrial Property and Copyright Law) 1985 s. 139 ff., uttalandet på s. 162. Artikeln är även publicerad i en något annan form i EIPR (European Intellectual Property Review) 1985 s. 284 ff.

29 I sammanhanget kan nämnas att Haagkonferensen för internationell privaträtt arbetar med frågan om en internationellt privaträttslig konvention på den illojala konkurrensens område, se om bakgrunden härtill Dyer i Revue Internationale de la Concurrence/International Review of Competition Law 1989:1 s. 9 ff.

en bl.a. under mellankrigstiden. Inte sällan möter man fortfarande läran ganska oförändrad i kontinental litteratur och rättsavgöranden. Här skall nu göras ett försök att karaktärisera huvuddragen i denna lära.[30]

Grundläggande är att rättsreglerna på området i allt väsentligt anses som ett *sammanhängande normsystem för tillbörligt förfarande i konkurrensförhållanden näringsidkare emellan* och med särskild inriktning på rättsskyddet för den enskilde näringsidkaren. Sådana förfaranden som utifrån en etisk-moralisk bedömning är att se som otillbörliga betraktas som illojala och otillåtna. Uppgiften för det samhälleliga normsystemet mot illojal konkurrens är främst att bereda alla näringsidkare ett effektivt rättsskydd mot sådana illojala åtgärder. Vid den närmare utformningen av rättsreglerna måste hänsyn naturligtvis tas även till allmänna samhälls- och konsumentintressen, men skydd för dessa betraktas inte som den primära uppgiften. Den rättsliga systematiken bygger på denna grundsyn. Man betraktar de likartade intressen, som rättsregler mot illojala konkurrensåtgärder avser att tillgodose, som det sammanhållande element som gör det naturligt att se dessa regler som en systematisk helhet. Härigenom bortser man från att de företeelser som sammanförs i och för sig är av rätt heterogen karaktär – såsom framkallande av förväxlingsfara, misskreditering av konkurrent, vilseledande reklam, missbruk av företagshemligheter etc.

En intressant fråga är den rättssystematiska inordningen av normsystemet mot illojal konkurrens. Det vedertagna är att se detta som ett område inom civilrättens ram. Relationen till den allmänna straffrätten har främst diskuterats i samband med den rättssystematiska bedömningen av bestickning och tagande av muta i näringsverksamhet. Dessa förfaranden, som i fransk rätt hänförs till straffrätten och i tysk till UWG, bedöms olikartat också i andra rättsordningar. I övrigt har man i allmänhet dragit en klar gräns i förhållande till straffrätten, exempelvis mellan misskreditering av konkurrent och ärekränkningsbrott, missbruk av företagshemligheter och trolöshetsbrott samt vilseledande reklam och oredlighetsbrott. Den allmänna straffrätten med sina för hela samhällslivet grundläggande och mot envar gällande förbud har betraktats som ett rättsområde av annan karaktär än reglerna mot illojal konkurrens.[31]

Den civilrättsliga orienteringen av rättsområdet kommer också till ut-

30 Särskilt kan hänvisas till Ulmers studie (se not 23), Beiers artiklar (not 27) och Schricker, Probleme der Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs, Festschrift für K Zweigert, Tübingen 1981 s. 541 ff.

31 Se dock i slutet av 2.2 ovan om Finland.

tryck i gestaltningen av påföljderna. I länder med ett normsystem av fransk typ är dessa som nämnts i princip uteslutande civilrättsliga, men också det tyska systemet arbetar främst med civilrättsliga sanktioner, väsentligen förbud och skadestånd. Generalklausuler kan inte straffsanktioneras av legalitetshänsyn och de till de särskilda förbudsstadgandena knutna straffpåföljderna har ofta en ganska begränsad praktisk betydelse och kan närmast jämföras med straffsanktioner vid intrång i immaterialrätt.

Inom civilrättens ram fick rättsområdet tidigt den anknytning till immaterialrätten som det sedan behållit. Anknytningen var redan i slutet av 1800-talet klart markerad hos ledande företrädare för doktrinen såsom Kohler i Tyskland och Pouillet i Frankrike och som nämnt i Pariskonventionen. Skälen härtill skall något beröras.[32]

Det föreligger som nämnts ett nära historiskt samband mellan varumärkesrätten och utvecklingen av ett utfyllande skydd för kännetecken inom ramen för normsystemet mot illojal konkurrens. På liknande sätt har senare också andra regler mot illojal konkurrens kommit att fungera såsom en komplettering av immaterialrätten. Det finns sålunda starka beröringspunkter mellan upphovs- och mönsterrätten samt det inte minst i tysk rätt betydelsefulla skyddet mot otillbörlig efterbildning, mellan patenträtten och regler mot missbruk av företagshemligheter och i viss mån också mellan varumärkesrätten och regler om otillbörligt ingripande i avtalsförhållande, vilka i praktiken främst fungerar som medel att upprätthålla omfattande avtalssystem vid distribution av märkesvaror. De rättighetsföreställningar som delvis ligger bakom den klassiska läran om illojal konkurrens har över huvud gjort det naturligt att knyta rättsområdet till det system av ensamrätter som bär upp immaterialrätten, även när den omedelbara anknytningen i fråga om vissa typer av konkurrensåtgärder, såsom vilseledande reklam eller misskreditering, inte är så stark. Avsaknaden fram till 1950-talet av en utbyggd konkurrensbegränsningsrätt i Europa innebar också att immaterialrätten tidigare utgjorde det enda stora normsystem vid sidan av reglerna mot illojal konkurrens, som i ett konkurrensperspektiv gav generella regler för näringsidkares handlande på marknaden.

Under de senaste decennierna är det framför allt utvecklingen inom två närliggande områden, konsumentskyddet och konkurrensbegränsningsrätten, som ändrat förutsättningarna för den klassiska synen på illojal konkurrens.

Konsumentlagstiftning har numera, om än i växlande former, allmänt

32 Se även Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 34 ff., 45 ff., 444 f. och 448 ff.

införts i de västeuropeiska länderna, även om ambitionsnivån när det gäller statligt engagemang och kontroll är ovanligt hög i Sverige och övriga Norden. Av särskilt intresse i detta sammanhang är regler mot vilseledande reklam och andra otillbörliga marknadsföringsåtgärder. Enligt den klassiska läran om illojal konkurrens betraktades även vilseledande reklam främst från konkurrenternas synpunkt, alltså som en otillbörlig metod att locka till sig konkurrenternas presumtiva kunder. Här har en omsvängning helt klart ägt rum. Numera anses regler mot ovederhäftiga reklamerbjudanden ha det dubbla syftet att skydda konsumenterna och konkurrenterna. Detta har ofta kommit till uttryck därigenom att konsumentorganisationer givits talerätt, ett krav som ju nu slagits fast i EG-direktivet om vilseledande marknadsföring. KO-institutioner finns däremot bara i Norden. På liknande sätt har i regel detta dubbla skyddssyfte blivit erkänt i fråga om regler mot vilseledande kännetecken och säljfrämjande åtgärder såsom kombinationserbjudanden.[33]

Den andra stora förändringen är uppbyggnaden av konkurrensbegränsningsrätten såsom ett nytt, viktigt och sammanhållet normsystem på konkurrensområdet. Särskild betydelse har här självfallet EG:s på art. 85 och 86 i Romfördraget byggda regelkomplex på området men omfattande nationella konkurrensbegränsningslagar finns numera på många håll i Västeuropa. Speciellt bör nämnas den tyska Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) av 1957 och senare utbyggd.

Den moderna konkurrensbegränsningsrätten har på flera sätt starkt påverkat normsystemet mot illojal konkurrens. Vissa typer av konkurrensåtgärder, såsom bojkotter, säljvägran, prisdiskriminering och underprisförsäljning, som tidigare i viss mån sågs utifrån aspekten illojal konkurrens, bedöms numera i huvudsak såsom former av konkurrensbegränsning. Än viktigare än den grundsyn på värdet av fri och obunden konkurrens som bär upp konkurrensbegränsningslagstiftningen och som påkallar en viss varsamhet med att stämpla konkurrensåtgärder som otillbörliga.

Ett för läran om illojal konkurrens karakteristiskt drag har varit att bedömningen av om en konkurrensmetod är illojal eller ej ansetts böra grundas på *etisk-moraliska överväganden.* I litteraturen har ofta hävdats att man på denna grund kunnat dra en tämligen klar gräns mellan regler mot illojal konkurrens och andra i lag eller praxis utbildade rättsregler som berör

33 Härom Schricker, Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz, GRUR Int. 1970 s. 32 ff., densamme, Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, GRUR Int. 1974 s. 579 ff.

marknadsförhållanden, till exempel konkurrensbegränsningsfrågor.[34] De senare har betraktats såsom väsentligen näringspolitiskt motiverade. Gränsdragningen har såtillvida varit befogad, att det utbildats vissa, i huvudsak allmänt accepterade värderingar om hur en del typer av konkurrensåtgärder bör bedömas. Misskreditering av konkurrent och framkallande av förväxlingsfara utgör sålunda förfaranden, som normalt anses förkastliga oberoende av motsättningar mellan olika intressegrupper i samhället och växlingar i ekonomiskt-politiska bedömningar. Vid en realistisk bedömning synes emellertid de näringspolitiska aspekterna på normsystemet mot illojal konkurrens, sådant det kommit att framstå i sitt utbyggda skick, ha ägt större betydelse än vad man i allmänhet velat medge. De konkurrensetiskt präglade illojalitetsresonemangen kan i vissa fall närmast vara en argumentationsteknik bakom vilken döljer sig näringspolitiska syften. Men även när så inte varit fallet, kan regler mot illojal konkurrens medföra betydelsefulla verkningar av näringspolitiskt intresse. Det bör över huvud observeras, att den i näringslivet utbildade uppfattningen om vad som utgör god sed i konkurrensförhållanden inte kan antas ha utvecklats och förändrats utan samband med de grundläggande värderingar i ekonomiskt-politiska frågor som är vedertagna inom näringslivet och då främst dess tongivande kretsar.

I detta sammanhang bör påpekas att det funnits en benägenhet att inom ramen för normsystemet mot illojal konkurrens inrymma regler angående konkurrensmetoder inom detaljhandeln som haft en inriktning på att skydda traditionella köpmän mot affärsmetoder som uppfattas som aggressiva. Man brukar här tala om skydd för Mittelstand (classes moyennes). Som exempel kan nämnas regler om förbud per se mot vissa former av kombinationserbjudanden, utförsäljningar, rabattgivning etc. Regler av denna typ, delvis utbyggda under 1980-talet, återfinns bl.a. i tyska och österrikiska UWG.[35] En än mer tydlig inriktning på ett näringspolitiskt motiverat småföretagarskydd finns i den franska lagen om reglering av handel och hantverk (Loi Royer) av 1974.

Utvecklingen har lett till att man idag inte har en lika sammanhållen lära om illojal konkurrens som tidigare. Det är i huvudsak erkänt att samhällets intresse av en effektiv konkurrens och konsumenternas intresse av

34 I Sverige hävdades mycket markant en sådan gränsdragning i betänkandet Otillbörlig konkurrens (SOU 1966:48) s. 47, 50.

35 Se t.ex. Treis i NIR 1988 s. 165 ff. om aktuella lagändringar av denna typ i tyska UWG.

skydd också hör till de uppgifter som reglerna mot illojal konkurrens skall tillgodose. Denna breddning av intresseavvägningen har dock inte medfört några djupgående förändringar i det faktiska rättsläget på den illojala konkurrensens område. I Kontinentaleuropa ser man fortfarande reglerna mot illojal konkurrens som ett sammanhållet normsystem med anknytning till immaterialrätten och med primär inriktning på att ge näringsidkare skydd mot otillbörliga förfaranden i näringsverksamhet. Snarare är det påtagligt i hur pass liten utsträckning som de senaste decenniernas starka expansion av det marknadsrättsliga regelsystemet som helhet har rubbat de etablerade bedömningsprinciperna på den illojala konkurrensens område.

2.6 Huvudtyperna av otillbörlig konkurrens

En systematisering av de olika typer av förfaranden som brukar stämplas som otillbörliga såsom former av illojal konkurrens kan göras på skilda sätt. Olika författare har skilda indelningar. Man kan t.ex. utgå från graden av samband med immaterialrätten eller från de regler som tar sikte på marknadsföring. Svårigheten är hur som helst att materien är ganska heterogen om man ser till de olika förfarandetypernas sakliga karaktär. I detta sammanhang skall endast göras en funktionell översikt av de olika huvudtyperna. Utgångspunkt vid systematiseringen har främst utgjort tysk och schweizisk rätt, men översikten torde spegla vad som i de flesta länder i Västeuropa (utom på vissa punkter England och Irland) brukar betraktas som de viktiga huvudtyperna av illojal konkurrens.[36]

Utifrån dessa utgångspunkter kan man urskilja följande tio huvudtyper:

I. *Vilseledande eller eljest otillbörlig reklam m.m.*
Hit hör oriktiga eller vilseledande påståenden, anspelningar och förtiganden i reklam och annan marknadsföring samt andra former av otillbörlig reklam såsom otillbörlig aggressivitet, suggestivitet eller diskriminering i marknadsföring. Hit kan även föras utnyttjande av förtäckt eller anonym reklam.

II. *Misskreditering*
Det är här fråga om förtal eller misskreditering (nedsvärtning) av konkur-

36 En mycket genomarbetad systematisering, som dock inte helt har följts här, återfinns i Ulmers vid not 23 omnämnda arbete.

renter eller andra näringsidkare, oftast i marknadsföring. I de länder där jämförande reklam är helt eller delvis otillåten per se bedöms denna såsom en misskreditering närliggande företeelse.

III. *Förväxlingsfara och renommésnyltning*
Här märks utnyttjande av kännetecken av alla slag som är ägnade att framkalla förväxling med konkurrents företag, varor eller tjänster. Skydd kan även ges mot utnyttjande av den renommé (goodwill) som anknyter till annan näringsidkares kännetecken i situationer där det ej föreligger förväxlingsfara.

IV. *Slavisk eller närgången efterbildning*
Här avses fall där en näringsidkare utan tillstånd efterbildar produkters form, tjänsters utformning, utformning av förpackningar, reklam m.m. Efterbildning av immaterialrättsligt oskyddade prestationer anses dock endast otillåten om det föreligger särskilda moment som gör den otillbörlig såsom förekomsten av förtroendemissbruk, förväxlingsfara eller systematisk, närgången efterbildning. Man talar numera ofta om parasiterande konkurrens.

V. *Missbruk av geografiska ursprungsbeteckningar*
Denna typ tillmäts i många länder, t.ex. Frankrike, stor vikt. Ursprungskännetecken för orter, trakter etc. där det finns ett samband mellan varors geografiska ursprung och dessas egenskaper (klimat, jordmån etc.) ges ett omfattande skydd mot obehörig användning.

VI. *Missbruk av företagshemligheter*
Hit hör anställdas och f.d. anställdas m.fl. röjande eller utnyttjande av tekniska eller kommersiella företagshemligheter och konkurrenters obehöriga åtgärder för att skaffa sig information om företagshemligheter. Reglerna innefattar ett know-how-skydd.

VII. *Bestickning i näringsverksamhet*
Det kan här vara fråga såväl om ren bestickning som erbjudande av otillåtna förmåner, premier m.m. till andra näringsidkare eller dessas anställda m.fl. i syfte att uppnå en förmånsbehandling i konkurrensen.

VIII. *Otillåtet ingripande i avtalsförhållande*
Otillåtet ingripande i avtalsförhållande eller med en annan term medver-

kan till kontraktsbrott utgör både enligt kontinentaleuropeiskt och anglo-amerikanskt synsätt en viktig typ av otillbörligt handlande. Sådant anses typiskt sett föreligga om en näringsidkare A förmår en utomstående B att bryta ett avtal med A:s konkurrent C till förmån för A, t.ex. ett agent- eller distributionsavtal eller ett konkurrensförbud eller sekretessavtal till skydd för företagshemlighet m.m.[37]

IX. *Otillåtna former av säljfrämjande åtgärder och särskilda säljmetoder*
Hit hör otillåtna former av kombinationserbjudanden, särskilda förbud mot olika former av rabatter och utförsäljningar m.m. samt otillåtna säljmetoder såsom negativ avtalsbindning och pyramidförsäljning.

X. *Lagstridigt handlande för att uppnå konkurrensfördel*
Näringsidkare som överträder olika slag av näringsrättsliga författningar m.m. i syfte att uppnå konkurrensfördel i förhållande till konkurrenter, som respekterar dessa regler, avses begå illojal konkurrens. Som exempel kan nämnas överträdelser av regler om varors sammansättning, butiksstängningstider m.m.

Uppräkningen är knappast uttömmande. Sålunda kan bojkotter, diskriminerande åtgärder och liknande eller föranledande härtill i vissa fall fortfarande vara att betrakta som former av illojal konkurrens, eventuellt parallellt med att de kan attackeras enligt konkurrensbegränsningsrättsliga regler. Uppräkningen presenterar dock i ett nötskal vad det i Västeuropa vedertagna normsystemet mot otillbörlig konkurrens i allmänhet innefattar.

2.7 Ett EG-perspektiv på Sverige

Hur bör man från svensk synpunkt systematiskt betrakta det rättsområde som nu behandlats? Klart är att den klassiska läran om illojal konkurrens fortfarande har stark livskraft i Kontinentaleuropa. Det är dock enligt min mening orealistiskt att se normsystemet som en sammanhållen enhet grundad på konkurrensetiskt präglade illojalitetsresonemang. Härtill kommer i realiteten andra intressen alltför starkt in i bilden såsom konsumentintresset, det allmänna intresset av effektiv konkurrens och näringspolitiska intressen av olika slag. Denna inriktning på skydd för »diffused

37 Se om rättsfiguren kap. 8 nedan.

interests» gör det naturligt att föredra den mera neutrala termen otillbörlig konkurrens framför illojal konkurrens där inte anknytningen till det traditionella synsättet gör den senare termen mera adekvat. Likväl är det ett faktum att det är internationellt vedertaget att urskilja ett sammanhållet normsystem mot otillbörlig konkurrens, klart distinkt från konkurrensbegränsningsrätten som normsystem med syfte att främja en från samhällets synpunkt effektiv konkurrens. Anledning saknas att för svensk del frångå denna systematik. Det är fråga om två sidoställda normsystem inom marknadsrättens allmänna ram.

Av framställningen i 2.3 har framgått att Pariskonventionen för industriellt rättsskydd på grund av oklarhet om dess räckvidd spelar en rätt begränsad roll som harmoniseringsfaktor och minsta gemensam nämnare på den otillbörliga konkurrensens område. Vissa viktiga principer slår den emellertid fast, bl.a. regeln om nationell behandling av utländska näringsidkare. Det är påtagligt på vilket fritt sätt som Pariskonventionen har transformerats till svensk rätt. Väsentligen har detta skett därigenom att dess regler ansetts täckta av generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § marknadsföringslagen. I fråga om vilseledande ursprungsbeteckningar infördes vissa till räckvidden starkt begränsade regler om möjlighet till säkerhetsåtgärder först efter påpekande av lagrådet (nuvarande 20 § marknadsföringslagen).[38] Transformationen ter sig inte tillfredsställande. Det bör dock framhållas att marknadsdomstolen i några avgöranden uttryckligen har åberopat Pariskonventionens regler som en normkälla vid tolkningen av generalklausulens innebörd och räckvidd.[39]

Vid en svensk EG-anslutning skulle inte rättsområdet otillbörlig konkurrens orsaka några problem. De beskedliga krav som uppställs i EG:s direktiv om vilseledande marknadsföring uppfyller på det hela taget vår svenska marknadsföringslag med bred marginal.[40] Saken måste emellertid ses i ett bredare perspektiv. Helt oavsett den rättsliga formen för det svenska samarbetet med EG pågår en stark, faktisk ekonomisk integration. Svenska företag arbetar på en alltmer internationaliserad marknad och över huvud under i stort sett samma marknadsbetingelser som företag i andra västeuropeiska länder. Det behov av skydd mot otillbörliga konkur-

38 Prop. 1970:57 s. 86, 135 ff.

39 MD 1983: 22, Bryggeri AB Falken ang. ölet St Louis Light, MD 1989:10, Reynold Scandinavia m.fl. ang. Camel Adventures.

40 De, blygsamma, ändringar i marknadsföringslagen som har ansetts nödvändiga p.g.a. EES-avtalet har nyligen genomförts i enlighet med prop. 1992/93:110 på grundval bl.a. av SOU 1992:49, EES-anpassning av marknadsföringslagstiftningen.

rensåtgärder som föreligger i dessa länder kan man utgå ifrån i regel också finns hos oss. Europeiska företag torde normalt räkna med att de i Sverige får ett skydd mot otillbörliga konkurrensåtgärder som ungefär motsvarar en europeisk normalstandard som den i korthet presenterats i 10-punktsuppräkningen i föregående avsnitt. Det bör vara en deluppgift inom ramen för en allmän Europaharmonisering av svensk rätt att tillse att vi når upp till denna skyddsnivå. Genomförandet av den nya lagen om skydd för företagshemligheter utgör inom sin sektor ett viktigt steg i den riktningen.

3 kap. Högsta domstolen och immaterialrätten

3.1 Rättsutvecklingen – några grunddrag

Högsta domstolens betydelse för svensk rättsutveckling och rättsbildning gör sig gällande med växlande styrka inom olika rättsområden. Det torde vara bekant att immaterialrätten hör till de områden, där HD:s betydelse varit stor. Överhuvud är det först genom studium av praxis som man egentligen lär känna immaterialrätten och dess utveckling.

Från rättshistorisk synpunkt är immaterialrätten en ung disciplin. Immaterialrätten saknar romerskrättslig bakgrund och verkliga förutsättningar för framväxten av immaterialrättigheter i nutida mening skapades först när den gamla näringsregleringen med därtill knutet privilegiesystem ersattes av näringsfrihet och marknadsekonomi.[1] Även om både upphovsrätt och patenträtt har äldre rötter i England blev franska revolutionens idéer grundläggande för den fortsatta utvecklingen. Samma år som den allmänna näringsfriheten genomfördes i Frankrike (1791) tillkom där en allmän patentlag, följd 1793 av den välkända franska upphovsrättslag – Loi relative aux droits de propriété des auteurs d'écrits en tout genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs – som blev ersatt först genom tillkomsten av 1957 års nuvarande franska upphovsrättslag.

Redan dessförinnan hade dock den, naturrättsligt färgade, uppfattningen att upphovsmän och uppfinnare har anspråk på en skyddad ensamrätt till vad de skapat fått ett mycket viktigt genomslag i det nybildade Amerikas förenta staters konstitution (1787). Denna innehåller följande

1 Se bl.a. Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 91, 115 ff., 133 ff. med vidare hänv.

stadgande som ännu gäller oförändrat (Act I Sec 8):

> The Congress shall have power (...) to promote the progress of science and useful arts by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries.

I USA har alltså upphovsmäns och uppfinnares anspråk på en tidsbegränsad ensamrätt alltid varit en grundlagsfäst medborgerlig rättighet.

I Sverige bildar 1809 års statsvälvning en viktig utgångspunkt. Det gamla systemet med tryckningsprivilegier ersattes 1810 med ett erkännande av författarens ensamrätt.[2] Detta skedde inom ramen för 1810 och 1812 års tryckfrihetsförordningar som upptog särskilda stadganden om författarens ensamrätt som t.o.m. utformades såsom en till tiden obegränsad ensamrätt. Författarrätten fick också i Sverige från början ställning av grundlagsskyddad rättighet. Rättsskyddet blev dock genom kopplingen till tryckfrihetsförordningen begränsat till skrifter. Lagstiftning om skydd för framförande av dramatiska och musikaliska verk kom först 1855 och mot efterbildning av konstverk 1867. Efter grundlagsändring förde man bort reglerna om författares ensamrätt ur tryckfrihetsförordningen genom tillkomsten av 1877 års lag om äganderätt till skrift. Den tidsobegränsade ensamrätten ersattes nu av en skyddstid som utgick 50 år efter författarens död. Det kan erinras om att upphovsrätten i nya regeringsformen återfått rangen av grundlagsskyddad rättighet (2:19 RF).

Patenträttens utveckling i Sverige saknar någon motsvarande klar koppling till upplysningstidens rättighetsidéer.[3] Vår första fastare författningsreglering på området, 1819 års förordning om privilegia exclusiva, lät fortfarande privilegiets beviljande bero av en lämplighetsprövning. Vi hade härefter en successiv utveckling av patenträtten som ledde fram till 1884 års patentförordning.

Varumärkesrätten har sin bakgrund i regler inom det gamla näringsregleringssystemets ram om märkningstvång.[4] Dessa regler försvann i huvudsak i samband med näringsfrihetens genomförande vid 1800-talets mitt

2 Historik i Eberstein, Den svenska författarrätten I, 1923 s. 18 ff., även Ask, Om författarerätt, 1893 s. 8 ff., Rosén i NIR 1990 s. 63 ff., Strömholm, Le droit moral de l'auteur I, 1966, bl.a. s. 264 ff., 358 ff.

3 Ekeberg, Studier i patenträtt I, 1904 s. 1 ff., M Inger, Från privilegiesystem till patent i Rättshistoriska studier IV s. 34 ff.

4 Hasselrot, Varumärkesväsendets historiska utveckling i Sverige i Industritidningen Norden 1932 s. 196–250, Heiding, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken, 1964 s. 11 ff.

(1846 och 1864). Det nya synsättet – att märkesanvändning är frivillig och en civilrättsligt grundad rättighet till förmån för märkets innehavare – torde ha börjat slå igenom först vid denna tid. Det kom till ett samlat och systematiskt uttryck först i 1884 års varumärkeslag.

På 1880-talet tillkom de två grundläggande immaterialrättsliga konventionerna, 1883 års Pariskonvention för skyddet av den industriella äganderätten och 1886 års Bernkonvention för skydd av litterära och konstnärliga verk.[5] De fick redan från början sin grundläggande, likartade rättsliga konstruktion, nämligen en förpliktelse för medlemsstaterna att bereda den som tillhör annan medlemsstat nationell behandling, dvs. ett i princip lika omfattande rättsskydd som medlemsstatens egna medborgare, i förening med bestämmelser om den minsta nivå på rättsskyddet som medlemsländerna måste upprätthålla. Tillkomsten av patent- och varumärkesförordningarna 1884 hade sin direkta bakgrund i behovet att införa en lagstiftning som möjliggjorde Sveriges anslutning till Pariskonventionen och därmed det internationella rättsskyddssystemet. Tillträdet skedde 1885.

Till Bernkonventionen anslöt sig vårt land inte förrän 1904. Detta berodde på att vår lagstiftning inte dessförinnan, i vart fall inte i tillräcklig mån, låtit författarens ensamrätt innefatta även översättningar av hans verk. I Sverige översattes och utgavs i stor omfattning utländsk litteratur utan tillstånd och ersättning och svenska författares bristande möjligheter att hindra oauktoriserade översättningar av sina verk är välkända, särskilt i samband med Strindberg.[6] Först 1904 genomfördes en lagändring som i tillräcklig mån infogade översättningsrätten i författarens ensamrätt och möjliggjorde tillträde till Bernkonventionen samma år.[7]

Det tidigare bristfälliga skyddet för utländska verk i Sverige och betydelsen av tillträdet till Bernkonventionen framgår klart av HD:s praxis. I NJA 1892 s. 377, Stockholms Dagblad, fann HD det tillåtet att utan tillstånd såsom följetong avtrycka en översättning av en fransk roman.[8] I NJA 1913 s. 242, Kriget Japan–Ryssland, befanns intrång föreligga när utgivaren av ett illustrerat verk med denna titel utan tillstånd i detsamma tagit in illustrationer ur ett engelskt arbete, dock endast för tiden efter 1 augusti 1904, då Sverige tillträdde Bernkonventionen och därtill anslutande lagstiftning trädde i kraft.

5 Se bl.a. Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 231 ff. med hänv. och om Pariskonventionen 2.3 ovan.

6 Se bl.a. Modéer, Strindberg och advokaterna s. 98 ff.

7 Eberstein, Den svenska författarrätten I s. 79 ff.

8 Ang. det bristfälliga översättningsskyddet se även NJA 1909 s. 308, Hilligenlei.

Såsom framgår av denna fragmentariska översikt inleddes de legislativa förutsättningarna för en verklig rättsutveckling genom HD:s praxis i stort sett först mot slutet av 1800-talet, bortsett från delar av upphovsrätten. Vid en genomgång av de samlingar av HD:s avgöranden som ligger i tiden före påbörjandet av utgivningen av Nytt Juridiskt Arkiv 1874, finner man föga av immaterialrättsligt intresse.[9] Detsamma gäller också i huvudsak de första årtiondenas NJA-årgångar och det är först framemot 1900 som immaterialrättsliga avgöranden börjar bli mera frekventa i NJA.

Immaterialrättens senare utveckling i Sverige är intimt förknippad med vidareutvecklingen av Paris- och Bernkonventionerna. Dessa minimikrav på skyddsnivån i medlemsländernas materiella lagstiftning har successivt, genom antagande vid revisionskonferenser av nya texter, krävt förändringar i vår nationella lagstiftning för att möjliggöra ratifikation. Immaterialrätten har härigenom också utvecklats till en starkt internationellt präglad del av vår rättsordning. Det skall dock tilläggas att de internationella konventionernas grundläggande roll i allmänhet inte kommit till så tydligt uttryck i HD:s praxis eftersom vi i Sverige tillämpat, och fortfarande tillämpar, tekniken att transformera konventionstexterna till intern lagstiftning. Härvid har lagstiftaren – i och för sig diskutabelt – inte dragit sig för omskrivningar som ofta gör det svårt att se att en viss svensk lagregel i själva verket är uttryck för en konventionsbestämmelse.

Under de senaste 100 årens lagstiftningsarbete inom immaterialrätten kan man, med viss förenkling, urskilja tre faser.[10]

Den första fasen, som omfattade de sista decennierna av 1800-talet, har till stor del redan berörts. Det var då den immaterialrättslagstiftning tillkom, som skulle bli grundläggande för den fortsatta utvecklingen. Hit hör främst de redan berörda 1877 års lag om äganderätt till skrift, 1884 års patentförordning och 1884 års varumärkeslag. Härtill fogades 1887 års lag angående handelsregister, firma och prokura (firmalagen), 1897 års lag om rätt att efterbilda konstverk, som ersatte äldre lagstiftning härom, 1897 års fotografilag och 1899 års rudimentära mönsterskyddslag, som i sin slutliga

9 Vid företagen genomgång efter immaterialrättsliga avgöranden i det rubrikregister till opublicerade HD-avgöranden som upprättats av justitierådet Stråle af Ekna, omfattande tiden från 1820-talets mitt till början av 1850-talet och tillgängligt hos Olins Stiftelse, har endast påträffats ett par upphovsrättsliga fall. Det äldsta och intressantaste rör en av HD den 6 april 1827 avgjord tvist ang. obehörigt eftertryck av en bönesamling utgiven på Norstedts förlag. Fallet har behandlats av Rosén i NIR 1990 s. 66 f.

10 Om utvecklingen särskilt Eberstein i Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm 1957 s. 71 ff.

utformning bara kom att ge ett femårigt skydd åt alster tillhörande metallindustrin. Det bör påpekas att varumärkes- och firmalagarna utgjorde två av de första produkterna av det skandinaviska lagstiftningsarbete som hade satts i gång i slutet av 1870-talet.

Den andra fasen, som syftade till en tämligen total modernisering och utbyggnad av den immaterialrättsliga lagstiftningen, påbörjades i början av 1900-talet. En viktig utgångspunkt utgjorde härvid, inom detta rättsområde som i övrigt, den tidsenliga lagstiftning som hade införts i Tyskland.[11] Arbetet ledde dock bara delvis till avsedda resultat. Den 1908 tillsatta patentlagstiftningskommittén, som hade i uppdrag att förnya lagstiftningen inom hela det industriella rättsskyddet, blev föga framgångsrik och nödgades lägga ned verksamheten 1922 innan arbetet kunnat slutföras. På upphovsrättens område reviderades dock lagstiftningen genom 1919 års författar-, konstverks- och fotografilagar. Samma år infördes också en särskild lag mot illojal konkurrens (IKL), som sedan utvidgades genom lagändringar 1931 och 1942. En proposition om utbyggd mönsterskyddslag, som likaledes lades fram 1919, föll däremot i riksdagen. Inom den bestående immaterialrättsliga lagstiftningens ram genomfördes emellertid under mellankrigstiden partiella revisioner vid olika tidpunkter, till stor del i syfte att möjliggöra ratifikation från Sveriges sida av de successivt reviderade och utbyggda internationella konventionerna.

Den tredje fasen omfattar framför allt 1950- och 1960-talen. Under denna tid genomfördes, i allt väsentligt i nära nordiskt samarbete, en djupgående och juridiskt högtstående revision av lagstiftningen inom hela ämnesområdet. Resultaten härav har blivit 1960 års upphovsrättslag och fotografilag, 1960 års varumärkeslag, 1963 års namnlag (ny lag 1982), 1967 års patentlag, 1970 års mönsterskyddslag och 1974 års firmalag. Dessa lagar bildar ännu grundvalen för den svenska immaterialrätten. Karakteristiskt för ämnesområdet är fortfarande den stora nordiska rättslikheten och den nära kopplingen genom konventionsnätet till den internationella rättsutvecklingen.

11 Härom Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 139 ff.

3.2 Uppläggning

Huvudsyftet för denna studie är att belysa Högsta domstolens insatser och betydelse för den svenska immaterialrättens utveckling. Självfallet kan detta inom rimligt utrymme endast ske inom ramen för vissa gjorda avgränsningar, såväl tidsmässigt som ämnesmässigt.

Tidsmässigt har tyngdpunkten lagts vid *femtioårsperioden 1920–1970.* Det finns flera skäl härtill. HD:s 1800-talspraxis på området är, generellt sagt, av mindre intresse. Bortsett från upphovsrätt till skrift, tillkom de legislativa förutsättningarna för någon mera omfattande rättsutveckling genom HD:s praxis som nämnt först mot slutet av 1800-talet. Genom den ytterligare begränsningen att börja cirka 1920 uppnås att den andra fasen i lagstiftningsarbetet, vilken ju dock resulterade i 1919 års upphovsrättslagar, kan tas såsom utgångspunkt.[12]

Det står också klart att det var under den period som då började som rättsutvecklingen i HD:s praxis sköt fart. Detta skedde i nära kontakt med doktrinen, främst Gösta Eberstein. Hans författarskap sträckte sig i tiden från en år 1909 utgiven doktorsavhandling om namn- och firmarätt[13] fram till 1960-talet. Eberstein, som i sina arbeten särskilt uppmärksammade brister i rättsskyddet och möjligheterna att avhjälpa dessa, har otvivelaktigt utövat ett stort inflytande på den svenska immaterialrättens utbyggnad och det nordiska samarbetets vidareutveckling, också genom omfattande engagemang i lagstiftningsarbetet.[14] Eberstein avgav utlåtanden i en stor del av de rättsfall som närmare behandlas i det följande, i vilka han ofta framträdde som talesman för ett förstärkt rättsskydd genom rättsbildning i praxis.

En naturlig slutpunkt bildar åren kring 1970, då den tredje fasens lagstiftningsarbete i stort sett avslutats och HD:s roll mera blivit att uttolka en modern lagstiftning. I framställningen har jag dock i huvudsak försökt följa de behandlade frågeställningarna fram till dagens situation.

Vad gäller den *ämnesmässiga* avgränsningen har tyngdpunkten lagts vid sådana frågor som kan vara ägnade att utifrån det immaterialrättsliga materialet belysa spörsmål av mera principiell karaktär med anknytning till

12 Omfattande sammanställningar av Axel Hasselrot av äldre svensk patenträttslig, varumärkesrättslig och annan kännetecknsrättslig praxis har publicerats såsom bilagor till Arkiv för patent-, mönster- och varumärkesskydd årg. 1919–1922.

13 Behandlas i 3.5.2 nedan.

14 Härom bl.a. von Zweigbergk i NIR 1960 s. 125 ff. Översikt av Ebersteins författarskap fram till 1950 i Festskrift till Eberstein, 1950 s. 280 ff.

HD:s roll för rättsbildningen. Till de spörsmål som särskilt kommer att tas upp hör

- betydelsen av den rättsutveckling genom rättspraxis som faktiskt skett inom immaterialrätten,
- synen på valet mellan bunden och fri lagtolkningsstil och
- frågan om tillämpning inom immaterialrätten av en straffrättslig legalitetsprincip.

Vad som skall karaktäriseras såsom *bunden respektive fri lagtolkningsstil* kan naturligtvis inte preciseras mera exakt. Det särskiljande kriteriet synes vara graden av bundenhet i förhållande till lagtexten; den som tillämpar en fri tolkningsstil kan sägas vara mer benägen att söka föra rättsutvecklingen vidare genom självständiga ställningstaganden i praxis.[15] Om huvudspörsmålet är att ta ställning till en ifrågasatt utbyggnad av rättsskyddets omfattning verkar tillämpning av en bunden tolkningsstil restriktivt och en fri extensivt. Inom den bundna tolkningsstilens allmänna ram kan man som en särskild undergrupp urskilja straffrättsligt färgad argumentation som utgår från att den straffrättsliga legalitetsprincipen direkt eller medelbart skall tillämpas. Det blir gott om tillfällen att i det följande belysa brytningar i HD:s immaterialrättsliga praxis mellan bunden och fri tolkningsstil.

Självfallet har endast ett utsnitt av de rättsfall och frågeställningar som varit aktuella i HD kunnat tas upp. Studien har härvid inte inriktats på en kvantitativ analys utan på en kvalitativ, byggd på ett selektivt urval av rättsfall från HD som förefallit vara av särskilt intresse från undersökningens synpunkt. Rättsfall som särskilt rört bestämning av omfattningen av immateriell ensamrätt, i regel gränsen skyddat – oskyddat, har i allmänhet befunnits mest intressanta. I många av fallen har den grundläggande problematiken legat i att bedöma nya förfaranden eller skyddsbehov, som gjort sig gällande som en följd av utvecklingen, med stöd av en otidsenlig lagstiftning vid vars tillkomst de faktiska förhållandena varit annorlunda.

En viktig legal förutsättning för vad som behandlas i det följande bör särskilt påpekas. I Sverige har, som förut behandlats, någon bred generalklausul mot otillbörlig konkurrens ägnad att mera generellt kunna supplera den immaterialrättsliga ensamrättslagstiftningen aldrig införts. Sverige har härvid varit – och är fortfarande – i ett annat läge än Tyskland och de flesta andra kontinentaleuropeiska länder och även i huvudsak de nordiska

15 Ross, Om ret og retfærdighet, 1953 s. 164 f., Peczenik, Juridikens metodproblem, 1974 s. 67 f.

grannländerna.[16] Det har i vårt land heller inte i någon högre grad utbildats allmänna rättsprinciper om skyldighet att ersätta ren förmögenhetsskada utan stöd i lagstiftning eller kontraktsförhållande.[17]

Det sagda innebär att HD i regel endast kunnat välja mellan att tillerkänna en viss prestation, kännetecken etc. ensamrättsskydd enligt immaterialrättslig lagstiftning eller lämna företeelsen oskyddad. De rättsfall från immaterialrättens olika områden, som tas upp i det följande, kan med fördel studeras ur synvinkeln, hur domstolarna och då främst HD sökt bemästra uppkommande problem på ett materiellt någorlunda tillfredsställande sätt inom de snäva gränser av vilka de ansett sig bundna.

Dispositionen av den följande framställningen är så utformad att jag i var sitt avsnitt behandlar upphovsrättslig praxis (avsnitt 3.3), patent- och mönsterrättslig praxis (avsnitt 3.4), firmarättslig praxis (avsnitt 3.5), namnrättslig praxis (avsnitt 3.6) och varumärkesrättslig praxis (avsnitt 3.7). Det avslutande avsnitt 3.8 diskuterar HD:s betydelse för immaterialrättens hittillsvarande utveckling.

3.3 Upphovsrättslig praxis

3.3.1 Praxis omfattning

HD:s upphovsrättsliga praxis kan inte sägas vara särskilt omfattande. I NJA har under femtioårsperioden 1920–1969 refererats *cirka 30 upphovsrättsliga mål*, tämligen jämnt fördelade såväl i tiden som över upphovsrättens olika delar.[18]

Under tjugoårsperioden 1970–1989 har praxis varit något mer omfattande, 25 refererade fall i NJA.

Åtskilliga av fallen har dock avsett mycket intressanta problem, och det torde kunna betecknas som utmärkande för upphovsrättslig domstolspraxis, att den ofta rör principfrågor som förs upp till prövning i högsta

16 Härom kap. 2 ovan, särskilt 2.7.

17 Se 4.2 nedan.

18 Härmed avses mål, där problemställningar som kan anses väsentligen upphovsrättsliga stått i förgrunden. Att antalet angivits ungefärligt beror på att det i vissa fall ställt sig svårt att dra en gräns i förhållande till mål av väsentligen avtalsrättslig eller allmänt sakrättslig karaktär.

instans. Ett tecken härpå är att antalet notisfall i NJA på detta rättsområde hela tiden varit klart färre än antalet refererade och vanligen gällt tvister av mer avtalsrättslig karaktär, knutna till överlåtelse eller upplåtelse av upphovsrätt. Som karakteristiskt för upphovsrättslig praxis kan också nämnas, att bakom rättegångarna ofta legat starka intressegrupper eller också personer, som känt ett särskilt engagemang i tvisten av mer ideellt eller moraliskt slag.

Sammanfattningsvis är sålunda utvecklingen i HD:s upphovsrättsliga praxis av stort intresse.

3.3.2 Brukskonst

Bland de upphovsrättsliga fall, som kan sägas särskilt belysa problemställningarna i denna undersökning, förefaller det naturligt att först stanna inför den svit av rättsfall, där HD bedömt i vad mån olika bruksföremål kunnat anses som brukskonst (alster av konsthantverk eller konstindustri) och därigenom vara föremål för upphovsrättsligt skydd.

Brukskonstens rättsskydd var länge närmast obefintligt i vårt land till följd av att 1899 års mönsterskyddslag endast gav ett femårigt, på registrering grundat, skydd för alster av metallindustri och eftersom någon generalklausul mot otillbörlig konkurrens inte funnits att åberopa. Först 1970 fick Sverige en allmän mönsterskyddslag som på grundval av registrering ger en högst femtonårig ensamrätt för både nytto- och prydnadsmönster oberoende av tillverkningsområde.[19] Man hade emellertid sedan 1926 sökt skydda den kvalificerade brukskonsten på upphovsrättslig väg, alltså utan registreringskrav. Genom en lagändring detta år utvidgades skyddsområdet enligt 1919 års konstverkslag till att även omfatta »alster av konsthantverk och konstindustri» (med undantag för textil- och konfektionsindustrins produkter).[20] Skyddstiden sattes till tio år. Vid upphovsrättslagens tillkomst 1960 behölls den äldre ordningen som ett provisorium i avvaktan på mönsterrättens reformering.[21] Man slopade dock undantaget för textil- och konfektionsindustrin och förlängde skyddstiden med högst tio år. I samband med mönsterskyddslagens tillkomst 1970 ändrades däremot, som nedan skall beröras, de legala förutsättningarna för upphovsrättsligt brukskonstskydd. Ett betydelsefullt komplement till lagstiftningen har va-

19 Prop. 1969:168, Essén-Sterner, Mönster och brukskonst, 1971.

20 NJA II 1927 s. 172 ff. Se till det följande särskilt Levin, Formskydd, 1984 s. 288 f. och Essén-Sterner a. a. s. 213 ff.

21 NJA II 1961 s. 284 ff.

rit utomrättslig responsaverksamhet i plagiatfrågor, sedan 1953 samlad hos Svenska Slöjdföreningens Opinionsnämnd.[22] Denna lämnar utlåtanden till domstol i mål om olovlig efterbildning men yttrar sig även om i vad mån ett förfarande – utan att utgöra intrång i upphovsrätt – står i strid mot god affärssed och konstnärlig hederskodex.

HD hade under perioden 1926–1970 att bedöma vad som kunde anses som alster av konsthantverk och konstindustri i sex mål, som tillhopa bildar en intressant prejudikatkedja.

Det äldsta målet, NJA 1931 s. 506, som torde böra tilläggas avsevärd betydelse som inledning till den kommande rättsutvecklingen, gällde *Orrefors glastillverkning*. I detta fall fann HD enhälligt och i enlighet med den konstnärliga expertisens bedömning, att vissa skålar och blomglas, graverade efter ritningar av den kände Edvard Hald, ägde upphovsrättsligt skydd, trots att det rörde sig om en »vackrare vardagsvara» avsedd att tillverkas i stor skala. Straff och skadestånd utdömdes.[23]

Av de senare målen har fyra gällt produkter inom möbelindustrin.[24] Två av fallen har avsett sittmöbler och i båda har såväl straff- som skadeståndstalan förts.

Det första av dessa fall rörde funktionalistiskt utformade stålrörsstolar, nämligen *Mart Stams* numera mycket berömda *stålrörsstolar* i Bauhausstil (NJA 1935 s. 712). Tyska Reichsgericht hade ansett stolarna upphovsrättsligt skyddade men ej danska højesteret.[25] I det svenska målet, där straffansvar och skadestånd yrkades, hördes ett mycket stort antal konstnärligt sakkunniga, vilka visade sig djupt oeniga. Yttrandena speglade tidens skarpa brytningar i den allmänna synen på funktionalismen.[26] Också i HD blev meningarna delade. En majoritet av tre justitieråd (Forssman, Bellinder och Gyllenswärd) fann att stolarna, även om de tillverkats efter en ny konstruktionsprincip, icke företedde sådan

22 Se upphovsrättsligt skydd för brukskonst. Yttranden angivna av Svenska Slöjdföreningens Opinionsnämnd 1954–1963 resp. 1964–1975. Nämnden bytte 1979 namn till Svensk Forms Opinionsnämnd. Dess yttranden publiceras numera i viss utsträckning i NIR. Se vidare särskilt Levin i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1987 s. 313 ff.

23 I HD:s dom deltog JustR:n Borgström, Leijonhufvud, Eklund, Grefberg och Bagge. Om målet Eberstein i NIR 1941 s. 2 ff., Levin, Formskydd s. 288 f.

24 Det resterande fallet, NJA 1943 s. 547, avsåg vissa huvuden på skyltdockor. Domstolarna fann enhälligt att dessa huvuden inte åtnjöt upphovsrättsligt skydd. Referatet i NJA ger intryck av att kärandens utredning rörande huvudenas tillkomst var bristfällig.

25 GRUR 1932 s. 892 (se numera även GRUR 1961 s. 635) resp. UfR 1935 s. 695 H (i tiden ett halvår före den svenska HD-domen), Levin, Formskydd s. 289 f., 424, 442, Ljungman i NIR 1962 s. 54, P. H. Schmidt, Teknologi og immaterialret, København 1989 s. 59 f.

26 Härom ingående Eberstein i NIR 1941 s. 4 ff.

egenart i avseende på konstnärligt utformande att de åtnjöt upphovsrättsligt skydd. De två justitieråden i minoritet (Alexanderson och von Seth) uttalade däremot, att stolarna måste anses i konstnärligt hänseende kännetecknas av sådan ursprunglighet och egenart i konstruktionsprincip och dennas genomförande att de utgjorde alster av konstindustri.

Man noterar att HD:s majoritet gick på en traditionell linje – till skillnad från i Orreforsfallet – och framhöll att stolen saknade konstnärlig egenart. Justitierådet Nils Alexanderson hade uppenbarligen större förståelse för denna funktionella stols estetiska kvaliteter och reserverade sig. I eftervärldens ljus framstår stolen som epokgörande och präglad av hög konstnärlig medvetenhet. Den finns representerad på många konstmuseer.

Det dröjde länge innan vi fick ett nytt HD-avgörande på området. Så skedde först genom NJA 1958 s. 68 (NIR 1959 s. 60), som emellertid markerade att HD gått ifrån avgörandet i stålrörsstolsfallet.

Fallet gällde en av *Bengt Ruda* skapad *länsstol* i NK:s Trivaserie. Överrätterna fann i detta mål enhälligt och i enlighet med ett yttrande av Slöjdföreningens Opinionsnämnd[27] och dennas danska motsvarighet, Retsudvalget i Landsforeningen Dansk kunsthaandværk, att stolen åtnjöt upphovsrättsligt skydd. I hovrättens dom uttalades helt kort, att det framgick av utredningen att stolen genom Rudas skapande verksamhet gestaltats i konstnärlig form i konsthantverkslagens mening. Den som utfört efterbildningen dömdes att utge 30 dagsböter jämte skadestånd. Domen fastställdes av HD (JustR:n Lech, Beckman, referent, Lind, Tammelin och Nordström).

Vid en jämförelse mellan de båda fallen synes särskilt avseende böra fästas vid konstuppfattningens förändring. För nutida synsätt framstår som redan nämnts de genomtänkta funktionalistiska möbler, som konstnärer utformade i denna stilarts barndom som präglade av hög konstnärlig medvetenhet. I 1935 års rättsfall finner man emellertid hos en stor del av de sakkunniga som yttrade sig en påfallande snäv bedömning av det konstnärliga värdet hos bruksföremål i denna stilart. Ser man till Slöjdföreningens utlåtande i 1958 års fall möter en långt mer positiv syn på uttrycken för konstnärlig verksamhet vid gestaltning av bruksmöbler. Till stöd för sin bedömning, att Rudas stol ägde konstnärlig karaktär, åberopade nämnden särskilt »samspelet mellan olika element, såsom den frontala koningen av sitsen framåt och av ryggen uppåt, ryggens profil, som har en estetiskt tilltalande linjeföring, och ... den rundade profillinjen från sitsens underkant

27 Slöjdföreningens yttranden 1954–1963 s. 25.

till ryggens bakre kant». Domsmotiveringen i 1958 års fall är visserligen knapp, men bakom målets utgång torde kunna spåras en strävan att anpssa rättsläget till förändringarna i konstuppfattning och syn på behovet av rättsligt skydd för av konstnärer gestaltade bruksföremål. En sådan anpassning framträder än mer markant i de två senare mål på området, som HD bedömde under 1960-talet.

I NJA 1962 s. 750 (NIR 1963 s. 122) där straff- och skadeståndstalan fördes, hade domstolarna att bedöma om en väggbokhylla, *Stringhyllan*, ägade upphovsrättsligt skydd. Slöjdföreningens Opinionsnämnd hade, med undantag av en reservant, funnit så vara fallet.[28]

Nämnden anförde, att bokhyllans gavel – även inom de trånga gränser, som uppdragits av den tekniska funktionen – fått en estetisk tilltalande utformning, att proportioneringen mellan gavlar och hyllor var väl avvägd och att hela produktionen i sin stramhet och frihet från varje onödig utstoffering gav ett från konstnärlig synpunkt tilltalande helhetsresultat som väckt berättigad uppmärksamhet i konstindustriella kretsar långt utanför vårt lands gränser.

Högsta domstolen (JustR:n Regner, Hagberg, Hedfeldt, Dennemark och Brunnberg, referent) fann enhälligt att den i målet ifrågavarande Stringhyllan i estetiskt hänseende ägde sådan originalitet i formgivningen att den utgjorde alster av konstindustri. Den som utfört efterbildningen dömdes att utge 25 dagsböter jämte skadestånd. Domsmotiveringen inleddes med ett principuttalande av innebörd, att man vid bedömningen om en produkt utgör ett alster av konsthantverk eller konstindustri måste se till produktens helhetsverkan, även i den mån denna härrör eller beror av en teknisk faktor.[29]

Det senaste rättsfallet, NJA 1964 s. 532 (NIR 1966 s. 69), som var ett tvistemål, gällde en rund väggspegel, *Luxusspegeln*, försedd med en framskjutande kantlist i trä med spetsad profil. Slöjdföreningens Opinionsnämnd hade ansett spegeln utmärkas av »god, enkel men dock personlig formgivning» och äga upphovsrättsligt skydd.[30] Enhälliga underrätter och HD:s majoritet kom till samma slut.[31] I HD:s dom uttalades bl.a. följande:

»Föreningen av skilda element i Luxusspegeln får anses i konstnärligt hänseende uppvisa sådan ursprunglighet och egenart att spegeln är ett alster av konstin-

28 A. a. s. 52.

29 Kritisk mot domen, Körner i NIR 1963 s. 159 ff. Stringhyllan gavs upphovsrättsligt skydd också i Västtyskland, Levin, Formskydd s. 424 med hänv.

30 Slöjdföreningens yttranden s. 100.

31 JustR:n Beckman, af Trolle, Alexanderson och Joachimsson. JustR Digman var skiljaktig. Joachimsson hade delvis en egen motivering.

dustri. Elementen äro emellertid fåtaliga, och vart och ett av dem är tidigare väl känt och vanligt. Också metoden att förena sektionerna är gängse. Närmast är det valet av kantlistprofil som giver spegeln dess egenart. Självständigheten i upphovsmannens konstnärligt skapande verksamhet kan inte anses större än att skyddsområdet är snävt begränsat.»

HD:s domar i målen och Stringhyllan och Luxusspegeln kan betecknas som en vidareutveckling av 1958 års avgörande om Rudas länsstol. Om alla tre alstren måste sägas gälla, att de inte förmått uppfylla särskilt höga krav på konstnärlighet och individuell prägel. Detta förefaller särskilt ha varit fallet med Luxusspegeln. Att föremålen likväl tillerkänts upphovsrättsligt skydd har sannolikt hängt samma med att HD funnit det rimligt att produkter av ifrågavarande slag ägt skydd mot plagiering och att andra skyddsformer normalt inte stått till buds. Det torde också ha varit av betydelse att Slöjdföreningens Opinionsnämnd i sin praxis utformat riktlinjer för rättslig bedömning av brukskonst, till vilka domstolarna kunnat knyta an. I sina domsmotiveringar i målen om Stringhyllan och Luxusspegeln har HD slagit fast bedömningsstandarder med klar räckvidd utöver de särskilda fallen. Den berörda kedjan av HD-avgöranden på brukskonstens område framstår som ett betydelsefullt exempel på fortgående rättsutveckling genom praxis.

Den rättsutveckling genom HD-prejudikat som nu har redovisats bröts emellertid tvärt genom tillkomsten av 1970 års mönsterskyddslag. I propositionen framhöll departementschefen uttryckligen att alster såsom Rudas länsstol, Stringhyllan och Luxusspegeln i framtiden skulle vara hänvisade till mönsterrättsligt skydd byggt på registrering.[32] Rättstekniskt åstadkoms detta brott med tidigare praxis genom en mindre ändring i 1 § URL, på vilken motivuttalandena »hängdes upp». Termen alster av konstverk och konstindustri blev utbytt mot brukskonst och skyddstiden förlängdes till 50 år efter upphovsmannens död.

Tjugo år har nu förflutit sedan denna lagändring vidtogs. Ännu har inget fall kommit under HD:s bedömning enligt de nya reglerna.[33] I det praktiska rättslivet råder betydande osäkerhet om var verkshöjdsnivån numera ligger. Svensk Forms Opinionsnämnd tillämpade en tid en ytterst

32 Prop. 1969:168 s. 135. Samma uppfattning hade uttalats i betänkandet Mönsterskydd (SOU 1965:61) s. 211.

33 Däremot finns ett mönsterrättsligt HD-avgörande ang. möbler, NJA 1980 s. 575 (NIR 1982 s. 164), Meccasoffan, se avsnitt 4 not 14.

sträng bedömningsstandard som dock numera klart har mildrats.[34] Mönsterskyddslagens registreringssystem har visat sig fungera dåligt på brukskonstområdet och i regel inte utnyttjats. Skyddet för brukskonst av det slag HD bedömt i de berörda rättsfallen torde fortfarande bäst tillgodoses inom ramen för det formalitetsfria upphovsrättsliga systemet. Det framstår som tvivelaktigt om lagstiftarens ovanliga och kraftfulla ingripande mot HD:s praxis var berättigat och sakligt lyckat. Det saknas enligt min mening anledning att tillämpa en speciellt sträng verkshöjdsbedömning i fråga om brukskonst, särskilt som principen att det är möjligt att uppnå dubbelt skydd – alltså både upphovsrättsligt och mönsterrättslig – är uttryckligen erkänd i 10 § första stycket URL.

3.3.3 Verkshöjdsbedömning i fråga om kataloger m.m.

Kärnfrågan i brukskonstmålen har självfallet varit att avgöra kriterierna för vad som skall anses besitta verkshöjd[35] och därigenom för var gränsen går mellan vad som är upphovsrättsligt skyddat och oskyddat. Motsvarande problem uppkommer på alla upphovsrättens områden och har av lagstiftaren hela tiden hänförts till praxis, och därigenom i sista hand till HD, för ställningstagande.

Här kan först kort nämnas ett »klassiskt» avgörande på området, NJA 1921 s. 579 angående *Frödings brev*. Denna brevsamling utgavs efter Frödings död av Bonniers förlag, som hade brevmanuskripten i sin hand, utan tillstånd av arvingarna såsom innehavare av författarrätten. HD gjorde en noggrant redovisad verkshöjdsbedömning och fann att vissa av breven men inte andra hade sådan egenart till innehåll och form att de med nutida terminologi hade verkshöjd. HD slog också fast den för immaterialrätten fundamentala distinktionen mellan den skyddade rätten till brevinnehållet och äganderätten till manuskriptet såsom ett fysiskt föremål.[36]

Avgörandet ter sig fortfarande aktuellt och utnyttjas ofta i universitets-

34 Levin i Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1987 s. 328 ff.

35 Termen »verkshöjd» som numera slagit igenom myntades av Ljungman i Nordisk Gjenklang, Festskrift til Arnholm 1969 s. 179 ff., även publicerad i NIR 1970 s. 21 ff., vartill hänvisning fortsättningsvis sker. Bergström har använt termen unikumprincipen, se dens., Lärobok i upphovsrätt, 2 uppl. 1986 s. 15, 22. Se även Godenhielm i NIR 1981 s. 280 ff.

36 Detta har även varit aktuellt i fråga om förhållandet mellan fotografirätt och äganderätten till bildnegativ, där en klar åtskillnad också måste göras, se NJA 1946 s. 501, 1979 s. 70 och 1982 s. 23.

undervisningen i immaterialrätt.[37] Man undrar dock om HD numera skulle göra sig mödan att som skedde i målet ta ståndpunkt brev för brev i den omfattande samlingen till vilka som var att anse som så egenartade att de var upphovsrättsligt skyddade, något som knappast var nödvändigt för tvistens utgång. Sannolikt har också kravnivån för vad som anses upphovsrättsligt skyddat sänkts en del; den måttstock HD använde sig av 1921 ter sig väl sträng.

I HD:s praxis har frågan om tillräcklig verkshöjd främst aktualiserats i samband med vissa av upphovsrättens »småmynt», främst *kataloger* och liknande. Man står här inför en mycket vansklig gränsdragning. Enligt författarlagens förarbeten från 1910-talet borde skydd beredas åt en verksamhet som framträder »i ett instruktivt urval eller sammanställande, en systematisk anordning av ett verks olika delar», exempelvis lagsamlingar, lexika, kokböcker och liknande men däremot ej för »sådana verk vilka icke i någon mån bära prägeln av ett andligt skapande, utan framträda som alster av en rent mekanisk verksamhet», t.ex. priskuranter och vanliga annonser.[38]

Det får sägas ligga helt i linje med den gjorda avvägningen, att HD i NJA 1927 s. 357 enhälligt vägrade skydd för *Göteborgs adress- och industrikalender*.[39] Kalendern utgjorde blott en alfabetiskt uppställd förteckning över personer och firmor med angivna yrken och adresser och byggde på uppgifter från folkbokföringen. Mer svårbedömt var NJA 1948 s. 414 angående *Järnhandelns katalogsystem*.

> Sveriges Järnhandlareförbund hade för sina medlemmars räkning låtit utarbeta det s.k. Järnhandelns katalogsystem, avsett att underlätta för järnhandlarna, som ju har ett mycket stort varusortiment, att ordna kataloger från leverantörer och firmor i vilken en viss vara är upptagen. Arbetet innehöll ett system för förvaring av katalogerna, ett codesystem för att beteckna leverantörerna och en förteckning över alla branschens artiklar med hänvisning till vilka leverantörer som tillhandhöll dem. Förbundet förde med stöd av ett utlåtande av Eberstein ansvars- och skadeståndstalan mot en järnhandlare, som inte var medlem i förbundet och som låtit göra avskrifter av katalogen, av vilka en hade sålts till annan handlande. I målet fann alla instanser enhälligt, att katalogsystemet var upphovsrättsligt skyddat.[40] Någon närmare motivering härför gavs dock ej i domskälen.

37 Se Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. 1991 s. 22 ff.

38 Förslag till lag om rätt till litterära och musikaliska verk m.m. 1914 s. 60, jfr Upphovsmannarätt (SOU 1956:25) s. 67 där man stöder sig på de äldre motiven.

39 Så Eberstein i NIR 1946 s. 11.

40 I HD dömde JustR:n Stenbeck, Alsén, Guldberg, Ericsson och Hellquist.

De enhälliga domarna till trots kan målets utgång ingalunda betecknas som självklar.[41] De krav på verkshöjd som katalogsystemet förmådde fylla var ganska blygsamma. Domstolarna såg sannolikt katalogsystemet, delvis mot bakgrund av vissa förarbetsuttalanden, som en så pass särpräglad systematisk anordning eller uppställning, att det borde komma i åtnjutande av skydd. Vid en mer allmän bedömning fanns goda skäl härför. Katalogsystemets utarbetande hade, enligt vad som utreddes i målet, krävt lång tid, betydande möda och avsevärda kostnader för förbundet, och det kunde knappast uppfattas som rimligt att utomstående konkurrenter ägde möjlighet att fritt efterbilda resultatet. Målet belyser det i kapitel 2 berörda sambandet mellan immaterialrättsligt skydd och otillbörlig efterbildning såsom en form av otillbörlig konkurrens. Genom att de svenska domstolarna i regel saknar möjlighet att ingripa mot immaterialrättsligt oskyddade efterbildningar, hade emellertid HD i målet endast att välja mellan att bereda katalogsystemet ett fullständigt upphovsrättsligt skydd eller att lämna katalogen helt oskyddad.

I 1960 års upphovsrättslag har lagstiftaren delvis löst det rättspolitiska problemet genom att införa ett särskilt tioårigt skydd för »katalog, tabell eller annat dylikt arbete, vari sammanställts ett stort antal uppgifter» (49 § URL). Skyddet är knutet till själva sammanställandet och krav på verkshöjd ställs ej.[42] Även en sådan publikation som den nyssnämnda Göteborgs adress- och industrikalender är sålunda numera skyddad mot plagiering, dock bara i tio år. Sedan denna tid löpt ut, har frågan om en katalog visar sådan självständighet och originalitet att den åtnjuter full upphovsrättsligt skydd vanligen inte längre aktualitet.[43]

I rättsfallet NJA 1965 s. 523 (NIR 1966 s. 250, 1967 s. 139) uppkom dock frågan om en gammal katalog, för vilken något tioårsskydd aldrig kommit ifråga, var upphovsrättsligt skyddad. En bokförläggare (E. J. Gamby) lät 1961 göra ett nytryck utan rättighetshavarens tillstånd av det bibliografiska verket *Svensk bokkatalog 1901–1905*. Katalogen innehöll en nominalavdelning i form av en alfabetisk sammanställning av uppgifter om författarnamn, titel m.m. samt en systematisk avdelning, där de i nominalavdelningen upptagna arbetena redovi-

41 Se om fallet Lögdberg, Auktorrätt och film s. 66 ff., Ljungman i NIR 1971 s. 30 ff. Jfr NJA 1946 s. 371, där matrecept i Ica-kuriren ej ansågs skyddade mot eftertryck i Folkets Dagblad.

42 NJA II 1961 s. 325 ff.

43 Numera finns ett HD-avgörande om katalogskydd, NJA 1985 s. 813 (NIR 1986 s. 246) ang. krukväxtkort. En sammanställning av uppgifter om krukväxter gavs i detta mål skydd enligt katalogregeln.

sades under 35 huvudrubriker och omkring 200 underrubriker enligt för dåtiden gängse systematik. I domstolarna förelåg enighet om att nominalkatalogen ej var upphovsrättsligt skyddad. Vad gällde den systematiska avdelningen fann HD med fyra röster mot en och lika med underdomstolarna, att inte heller denna åtnjöt upphovsrättsligt skydd. Majoriteten (JustR:n Beckman, Hagbergh, Hedfeldt och Gyllensvärd) ansåg att systematiseringsarbetet lämnat alltför ringa utrymme för en personligt präglad insats för att ge den systematiska avdelningen en sådan grad av individuell särprägel, som fordrades för att upphovsrätt skulle föreligga. Dissidenten (JustR Bernhard, referent) framhöll däremot, att redigeringsarbetet inte kunde betraktas som en blott rutinmässig verksamhet utan innefattade ett visst mått av personligt skapande med hänsyn till de avvägningar som varit nödvändiga.

Utgången i bokkatalogfallet kan möjligen tyda på en benägenhet att strama åt förutsättningarna för fullt upphovsrättsligt skydd sedan det särskilda katalogskyddet införts. Majoritetsdomen i HD har dock en stark prägel av in casu-bedömning och det synes framgå, att HD fortfarande är beredd att ge fullt skydd åt kataloger, där systematikens utformning eller tillämpning har en mer påtaglig prägel av självständig insats. I doktrinen har domen kritiserats av Ljungman, som hävdat att verkshöjdsbedömningen i målet var för sträng och att utgången i målet innefattade ett olyckligt avsteg från internationellt vedertagna bedömningsprinciper.[44] Ljungmans kritik synes ha goda skäl för sig.

Ett högaktuellt område, där verkshöjdsbedömningen inte saknar likheter med förhållandena för kataloger, är *datorprogram*. Tyvärr har HD ännu inte beretts tillfälle att pröva något fall inom denna sektor; det finns än så länge endast ett refererat hovrättsavgörande.[45] En lagändring som uttryckligen för in datorprogram bland kategorierna av upphovsrättsligt skyddade verk i 1 § URL har genomförts 1989.[46] Härtill anknyter relativt fylliga lagmotiv. Framgent blir det HD som kommer att ha sista ordet i den svåra frågan hur gränsen för krav på verkshöjd skall dras för datorprogram.

3.3.4 Musikframföranden

I HD:s praxis finns en kedja av fall som rör det upphovsrättsliga skyddets gränser i fråga om musikframföranden, särskilt i nya former som aktualise-

44 Ljungman i NIR 1970 s. 21 ff.

45 NIR 1988 s. 310, P. H. Schmidt, Teknologi og immaterialret, Khvn 1989 s. 215 ff. och numera Koktvedgaard – Levin, Lärobok i immaterialrätt, 1992 s. 80 ff.

46 Upphovsrätt och datorteknik (SOU 1985:51), Prop. 1988/89:25.

rats av den tekniska utvecklingen. Avgörandena har drivits fram av STIM, de svenska tonsättarnas utföranderättsorganisation, såsom företrädare för det musikaliska upphovsmannaintresset och fallen är därför kända som *STIM-målen*. Här skall i första hand tas upp några fall från tiden före 1970 som delvis också har ett betydande principiellt intresse. Först skall beröras NJA 1933 s. 639 om *radiomusik i offentlig lokal.*

Tillkomsten på 1920-talet av regelbundna radioutsändningar till allmänheten medförde nya upphovsrättsliga problem i alla kulturländer. I Tyskland fastslog sålunda Reichsgericht, att upphovsmännen ägde ensamrätt att bestämma över sina verks offentliggörande genom radio med stöd av ett hypotetiskt resonemang, att man kunde utgå från att upphovsmännen skulle ha tillagts denna befogenhet, om utvecklingen förutsetts vid lagstiftningens tillkomst.[47] I Sverige löstes de grundläggande problemen genom en lagändring 1931, som kompletterade uppräkningen i författarlagens 2 § av upphovsmännens befogenheter genom att ge dessa »uteslutande rätt att... genom radio utsända sitt verk».[48] Lagändringen berörde däremot inte frågan om offentliggörande genom högtalare (radiomottagare) av verk utsänt genom radio skulle omfattas av skyddet.

För att få detta spörsmål prövat förde STIM redan 1932 intrångstalan i två fall med yrkande om straff och skadestånd. I det ena fallet hade radiomusiken spelats för gästerna på en mindre restaurang, i den andra i en danslokal dit allmänheten ägde tillträde mot avgift. Det rättsliga problemet var om förfarandet kunde anses som ett utsändande genom radio eller alternativt falla under upphovsmännens allmänna ensamrätt till offentligt utförande av musikaliskt verk. STIM:s talan ogillades i underrätterna men bifölls i båda fallen i HD med fyra röster (JustR:n Leijonhufvud, Stenberg, von Steyern och Alsén) mot två (JustR:n Svedelius och Forssman).[49] I den kortfattade majoritetsdomen, som möjligen kan ha varit en »hatt», konstaterades blott att musikåtergivandet »måste anses såsom sådant offentligt utförande som enligt 2 § är förbehållet tonsättaren». Restaurangägaren och dansarrangören dömdes båda till fem dagsböter och förpliktades betala skadestånd.

I målet avgav JustR Forssman ett längre yttrande till utveckling av sin mening. Av yttrandet framgår att problemet i målet faktiskt inte rönt beaktande

47 RGZ 113 s. 413 (1926), även i GRUR 1926 s. 343 ff., om fallet Eberstein, Immateriellt rättsskydd s. 86 ff. Jfr ang. den frirättsliga tendensen i Reichsgerichts dåtida praxis, Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 323 f., 446 f.

48 NJA II 1931 s. 104 ff.

49 Domarna, som var väsentligen likalydande i båda målen, har kommenterats av Eberstein i SvJT 1938 s. 119.

under förarbetena till 1931 års lagändring och att meningarna i HD brutit sig i tolkningsfrågan. Forssman hävdade för sin del en straffrättslig legalitetsprincip och avslutade sitt votum med följande principuttalande:

»Men även om avsikten varit, att genom radio utsänt verks offentliggörande medelst högtalare skulle betraktas såsom ett föredragande eller utförande av verket, kan dock – med hänsyn till att fråga är om ansvar för brott – enligt min mening denna avsikt icke anses hava erhållit så tydligt uttryck i lagtext eller motiv, att lagens bestämmelser om straff och skadestånd må anses tillämpliga å dylikt offentliggörande.»

Man finner, att HD-majoriteten inte anslöt sig till Forssmans legalitetsprincip utan med en friare tolkning fyllde ut vad som framstod som en »lucka» i lagen. Bakom majoritetens dom torde ha legat uppfattningen att det skulle ha varit materiellt otillfredsställande att frånkänna upphovsmännen just den i målet ifrågavarande befogenheten mot bakgrund av upphovsrättens allmänna syfte och lagstiftarens ställningstagande att låta radioutsändning som sådan innefattas i ensamrätten.[50] Vid straffmätningen förefaller dock majoriteten att ha tagit särskild hänsyn till lagtextens otydlighet och i så måtto beaktat legalitetsaspekten.[51]

25 år senare hade HD att ta ställning till frågan om upphovsrättsligt skydd för *industrimusik* (NJA 1958 s. 80, NIR 1955 s. 155, 1959 s. 68). Avgörandet illustrerar de svårigheter som ger sig till känna när skrivna rättsregler och önskemål att anpassa rättsläget efter utvecklingens krav bryter sig mot varandra.

Fallet gällde frågan om framförande av musik under arbetstid för en större krets anställda vid ett industriföretag omfattades av ensamrätten att utföra musikaliska verk, sådan denna bestämts i 1919 års författarlag. Det grundläggande rättsliga problemet var, om musikutförande inför den avgränsade kretsen av personal på en större arbetsplats kunde anses ske »*offentligen*», något som enligt författarlagens 2 § utgjorde en förutsättning för skydd.[52] I denna tolkningsfråga lämnade förarbetena knappast någon

50 Majoritetens ställningstagande överensstämde med utgången av motsvarande processer i danska højesteret tre år tidigare, UfR 1930 s. 646 H, och i finska högsta domstolen påföljande år, NIR 1951 s. 212. Se Knoph, Åndsretten s. 94, Ljungman i NU 1961:6 s. 56 (NIR 1962 s. 56).

51 Härom Thornstedt, Om rättsvillfarelse, 1956 s. 185 f., 198. I senare immaterialrättsliga mål, där fällande dom meddelats i HD trots att lagtexten kunnat anses otydlig, förefaller förfaringssättet att sätta antalet dagsböter till ett rent minimum knappast ha begagnats.

52 NJA II 1919 s. 546, se vidare bl.a. Eberstein i NIR 1949 s. 7 ff., Ljungman i NIR 1954 s. 40 f.

ledning. Förfarandet hade inte förutsetts av lagstiftaren utan kommit i bruk först på senare år, ytterst som ett resultat av den tekniska utvecklingen på grammofon- och högtalarteknikens område. Den svenska processen hade föregåtts av en omfattande rättsvetenskaplig debatt i Norden och av domar i högsta instans i Danmark och Norge. Domstolarna hade där i båda fallen på ett med svensk rätt ungefär likartat lagmaterial nått slutsatsen, att industrimusik utförd för ett större antal anställda omfattades av den upphovsrättsliga ensamrätten. Också de ledande utländska rättsordningarna gav i stor utsträckning upphovsmännen skydd.[53]

I målet förde STIM fastställelsetalan mot ett industriföretag i verkstadsbranschen, som genom en central grammofonanläggning genom 52 högtalare regelbundet under vissa tider på dagen utsänt grammofonmusik, vilken avlyssnats av ca 300 arbetare i företagets fabrik. Det var alltså fråga om ett tvistemål. STIM:s talan bifölls av en enhällig rådhusrätt, vars dom fastställdes i hovrätten. I frågan om musiken utförts offentligen i författarlagens mening hänvisades i domsmotiveringen till förhållandena vid fabriken, särskilt antalet arbetare och högtalare, samt musikutsändningarnas omfattning. En dissident i hovrätten ville emellertid ogilla STIM:s talan under hänvisning till en straffrättslig legalitetsprincip.

I tiden mellan hovrättens och HD:s domar framlade auktorrättskommittén förslag till ny lag om upphovsmannarätt. Kommittén föreslog, att den nya lagen skulle inbegripa industrimusiken under ett i olika hänseenden utvidgat upphovsrättsligt skydd men undvek att ta ställning till innebörden av gällande rätt.[54]

I HD tappade STIM målet med knappast möjliga majoritet, tre röster mot två. Majoriteten (JustR:n Nissen, Lind och Nordström) ansåg, att musiken inte spelats »offentligen». Härvid åberopades särskilt betydelsen av ordet offentligen i gängse språkbruk, som sades innebära att möjlighet till närvaro i princip stod öppen för envar, med eller utan avgift. I motiveringen berördes också ordets innebörd i andra författningar, varvid bl.a. framhölls att begreppet offentlig tillställning i 1956 års allmänna ordningsstadga i princip endast omfattade tillställningar dit allmänheten ägde tillträde. Härefter förklarades att musikut-

53 Eberstein i NIR 1949 s. 4 ff., von Konow i NIR 1949 s. 80 ff., Torben Lund i NIR 1950 s. 81 ff. och NIR 1952 s. 122 ff., Ljungman i NIR 1954 s. 39 ff., Lögdberg i NIR 1955 s. 12 ff., Torben Lund i NIR 1955 s. 68 ff. Se ang. domarna i Danmark och Norge UfR 1952 s. 269 H, NRt 1953 s. 633 (NIR 1951 s. 258, 1953 s. 142), härom Ljungman i NIR 1954 s. 46 ff. och i NU 1961:6 s. 56 f. (även i NIR 1962 s. 56 f.).

54 Upphovsmannarätt (SOU 1956:25) s. 103 ff., särskilt s. 104.

förandet i fallet inte heller kunde jämställas med offentligt utförande enligt grunderna för författarlagens 2 §. Som motivering härför anfördes:

»I sådant hänseende bör beaktas, att upphovsmans ensamrätt till offentligt utförande av musikaliskt verk endast långsamt och steg för steg vunnit erkännande i lagstiftningen; först genom 1919 års lag fick upphovsman en allmän rätt härtill och då blott med vissa av hänsyn till andra intressen föranledda inskränkningar. Förfaranden av nu ifrågavarande art, som voro okända vid lagens tillkomst, skilja sig icke oväsentligt från de typiska formerna av offentligt musikutförande. Det är ägnat att väcka betänkligheter att vid domstolsprövning i efterhand såsom rättsliga handlingar med därav följande ansvar och ersättningsskyldighet bedöma åtgärder, som säkerligen förekommit i betydande utsträckning och i god tro. Avvägningen mellan en upphovsmans skyddsintresse och medborgarnas intresse av handlingsfrihet är en uppgift, som ankommer på lagstiftningen. F.n. föreligger också ett lagförslag, innefattande reglering av upphovsmans rätt just i det avseende varom är fråga.»

Minoriteten i HD (JustR:n Petrén, referent, och Beckman) fann sig däremot oförhindrad att direkt motivera sitt votum med *grunderna* för författarlagens, 2 §. Den förklarade att »enligt grunderna för stadgandet (borde) upphovsmannens rätt i viss utsträckning omfatta utförande av musik i fabrikslokaler under pågående arbete, en ekonomisk betydelsefull form av musikutförande, som ej var aktuell vid den tid då (stadgandet) utformades».

Domen i industrimusikmålet hade avsevärd betydelse genom att den utgjorde ett principavgörande. I förhållande till grannländerna medförde domen den egendomliga konsekvensen, att medan svenska tonsättare ersattes för verk spelade i grannländernas industrilokaler, fick danska och norska kompositörer finna sig i att bli spelade gratis i Sverige. Den nordiska rättsenheten återställdes dock genom 1960 års upphovsrättslag, som i 2 § stadgar expressis verbis, att »lika med offentligt framförande anses framförande som i förvärvsverksamhet anordnas inför en större sluten krets».[55]

Från principiell synpunkt ger HD:s dom anledning till åtskilliga frågetecken. Man noterar till en början tillvägagångssättet att söka fastställa någon allmänt vedertagen juridisk betydelse av *ordet »offentligen»*, delvis med hjälp av analogier från förvaltningsrättsliga författningar. Det torde dock vara accepterat, att enskilda ord också i det rättsliga språket måste förstås mot bakgrunden av sin kontext och att ett ords betydelse växlar med sam-

55 I förarbetena sägs uttryckligen att formuleringen åsyftar att inbegripa industrimusik, NJA II 1961 s. 55. Se vidare om industrimusikmålet och lagändringen Strömholm, Le droit moral de l'auteur II:2, 1973 s. 187 ff., se även s. 132 ff., 178 ff., Karnell i NIR 1973 s. 267 ff., Ljungman i SvJT 1977 s. 516 ff.

manhanget. Åtskilliga rättsvetenskapliga undersökningar har konkret visat, att man i vissa fall inte rimligen kan förstå en term på enahanda sätt ens inom ramen för samma lagverk. Med rätta har Agge rekommenderat största försiktighet med användning av den tolkning av termer och begrepp, som vunnit burskap på ett område, vid tillämpning av rättsregler på ett annat.[56] Domsmotiveringens analys av offentlighetsbegreppet, där de jämförda författningarnas olikartade karaktär inte berördes, torde därför kunna betecknas som en summering av inkommensurabla rekvisit. Vad som saknas i sammanhanget är framför allt en analys av i vad mån det föreligger någon egentlig skillnad från de synpunkter som bär upp upphovsrätten mellan musik som spelas för allmänheten, ofta inför ett ganska begränsat auditorium, och för personalen på en stor arbetsplats.

Av särskilt intresse är uttalandena i HD-majoritetens motivering, att domstolsprövning i efterhand måste väcka betänkligheter och att avvägningen mellan en upphovsmans skyddsintresse och medborgarnas intresse av handlingsfrihet är en *uppgift, som ankommer på lagstiftningen*. Härvid är att märka att förhållandet mellan skyddsintresse och handlingsfrihet principiellt knappast är annorlunda beskaffat inom patent- och mönsterrätten än inom upphovsrätten och också har aktualitet inom kännetecknsrätten. Det ligger därför nära till hands att uppfatta uttalandena – som ju givits en ganska generell och tillspetsad form – som ett slags deklaration av HD-majoriteten i detta mål, att immaterialrättslig lagstiftning bör tolkas återhållsamt såvitt gäller rättsskyddets innehåll och omfattning. Betydelsen och räckvidden härav förefaller understrykas av vad som sägs om att skyddsbehov föranledda av nya förfaranden, som var okända vid lagens tillkomst, skall tillgodoses genom ny lagstiftning och alltså inte rättstillämpningsvägen. Fastän straffansvar inte var aktuellt i målet, antyder HD-majoriteten, delvis i anslutning till dissidenten i hovrätten, att ett straffrättsligt färgat legalitetsresonemang kan vara tillämpligt inom immaterialrätten.

HD-majoritetens ställningstagande bör ses mot bakgrunden av det lagstiftningsarbete på området, som pågick vid tiden för domen. Domsmotiveringens hänvisning härtill torde böra särskilt observeras. Att det fanns anledning anta att lagstiftaren inom en relativt närliggande framtid

56 Agge i Festskrift till Ekeberg, 1950 s. 16, Hellner i SvJT 1956 s. 10 ff. Jfr den ingående diskussionen i de i NJA 1951 s. 492 (NIR 1954 s. 229) åberopade utlåtandena om tolkningen av begreppet utövning i 1884 års patentförordning, främst 16 § första stycket ang. föranvändarrätt (Astras framställning av sulfatiazol).

skulle lösa tvistefrågan utgjorde sannolikt ett mycket viktigt skäl för HD-majoritetens restriktiva hållning. Det bör dock observeras, att spörsmålet om ersättningsskyldighet för industrimusik var betydelsefullt också de lege lata.

Från principiell synpunkt ter det sig ganska anmärkningsvärt att lagförslaget åberopades på det sätt här skedde. Det skulle ingalunda ha stått i strid mot vedertagen lagtolkningsteknik att åberopa auktorrättskommitténs berörda förslag till stöd för rakt motsatt ståndpunkt. Det är ju väl känt att ställningstaganden i framlagda men ännu ej genomförda lagförslag kan öva ett betydande inflytande på uppfattningen om innebörden av gällande rätt, t.ex. 1909 års jordabalksförslag.

Senare STIM-mål, alla avgjorda enligt 1960 års upphovsrättslag, har fått en för upphovsmannasidan fördelaktig utgång. Påtagligt är att de i industrimusikmålet av HD:s majoritet förda resonemangen om restriktivitet och legalitetsprincip inte återkommit. Uppenbarligen har den nya lagen med därtill knutna förarbetsuttalanden givit HD annorlunda utgångspunkter.

Det första av dessa fall, NJA 1967 s. 150 (NIR 1968 s. 125) gällde frågan om dansmusik spelad vid sammankomster med den löst organiserade *Stala Gammeldansförening* hade framförts offentligt i upphovsrättslagens mening. En enhällig HD fann så vara fallet och detta även i fråga om tillställningar till vilka endast föreningens medlemmar haft tillträde. I domsmotiveringen anknöt HD nära till gjorda förarbetsuttalanden enligt vilka upphovsmannens rätt principiellt bör innefatta alla framföranden som inte äger rum inför helt slutna kretsar. Föreningen befanns inte utgöra en sådan krets, särskilt med hänsyn till lättheten att förvärva medlemskap. Av domsmotiveringen framgår att HD utgått från ett särskilt upphovsrättsligt offentlighetsbegrepp.[57]

I NJA 1980 s. 123 (NIR 1980 s. 258) angående *hotellmusik* var frågan om det förelåg offentligt framförande när hotellgäster tog del av musikaliska verk på hotellrummen genom radio- och TV-apparater som hotellet placerat där till gästernas trevnad.[58] Fallen gällde två hotell i Stockholm, Mornington och Wellington. HD:s majoritet fann offentligt framförande, för vilket hotellet var betalningsskyldigt, föreligga inte bara för radiosändningar via hotellets centralanläggning utan även i fråga om direktmottagning genom de på hotellrummen utplacerade TV-apparaterna. Den för-

57 Se om fallet bl.a. Karnell i NIR 1973 s. 280.

58 Om problematiken Karnell i NIR 1977 s. 13 ff.

behållslösa utformningen av HD-majoritetens domskäl går klart mot tingsrättens ogillande av STIM:s talan, vilket stöddes av en minoritet i hovrätten och ett justitieråd. Detta är intressant inte minst med hänsyn till att tingsrättsdomen delvis anknöt till HD-majoritetens resonemang i industrimusikmålet.

Nästa fall i kedjan är NJA 1986 s. 702 (NIR 1987 s. 89) angående *demonstrationsmusik*. Fallet gällde frågan om den kortvariga ljudåtergivning av musik som förekommer i butiker i samband med att TV- och radioapparater demonstreras för kunder utgör upphovsrättsligt skyddat musikframförande. I fallet fördes talan mot innehavaren av en butik i Uppsala (Fyris Radio). Demonstrationsmusiken hade spelats under ca 30 sekunder – en minut.[59]

HD:s majoritet (Bengtsson, Heuman och Lind) fann förfarandet utgöra upphovsrättsintrång. I en principiellt hållen domsmotivering framhölls inledningsvis att upphovsrättslagen bygger på att det från allmän synpunkt är av största betydelse att upphovsmännens rätt till sina verk skyddas. Man erinrade om att upphovsrätten har rang av grundlagsskyddad rättighet (2:19 regeringsformen). HD framhöll att den principiella utgångspunkten för lagstiftaren varit att åt upphovsmannen borde förbehållas all rätt att ekonomiskt tillgodogöra sig alla sådana utnyttjanden av verket som hade praktisk betydelse, låt vara att man med hänsyn till religiösa, kulturella och eljest samhälleliga behov borde göra vissa inskränkningar i denna rätt. Det fanns enligt HD-majoriteten inte utrymme för att i upphovsrättslagen intolka en begränsning enligt vilken demonstrationsmusik skulle vara tillåten. Vidare framhölls explicit att upphovsrättslagen har ett specifikt och särskilt vidsträckt offentlighetsbegrepp.

En minoritet på två justitieråd (Lars K. Beckman och Vängby) kom till motsatt ståndpunkt och framhöll att den musiksändning som förekom endast var en bieffekt till den tekniska kontrollen av apparaterna.

Slutpunkten har tills vidare satts av NJA 1988 s. 715 (NIR 1989 s. 225) angående *sjukhusmusik*. STIM krävde i detta fall ersättning av ett landsting för radiomusik som framfördes genom av landstinget tillhandahållna mottagare dels för patienter och omsorgstagare i sluten vård (främst kuddradioapparater) dels för egen personal i slutna personalutrymmen. En enhällig HD biföll talan i sin helhet. I fråga om patienterna och omsorgstagarna ansågs framförandet ha skett offentligt i upphovsrättslagens mening, då dessa utgjorde en så heterogen, växlande grupp att de ej kunde ses som en

59 Se Strömholm om fallet i NIR 1984 s. 151.

sluten krets. I fråga om personalen – där HD noterade att situationen liknade industrimusikfallet – fann HD att musiken framförts »i förvärvssyfte» trots den offentliga och väsentligen skattefinansierade karaktär som utmärker landstingens verksamhet. HD poängterade härvid lagregelns syfte att tillgodose upphovsmannens ensamrätt. Två justitieråd (Bengtsson och Nyström) betonade denna aspekt ytterligare i ett särskilt tillägg, i vilket de avslutningsvis anförde:

> »När vi stannat för att bifalla STIM:s talan i dessa hänseenden, liksom i fråga om framföranden till anställda, har vi fäst avgörande vikt vid att motiven så starkt betonar upphovsmannens intresse i dessa sammanhang (se särskilt första lagutskottets utlåtande NJA II 1961 s. 57 f.). Detta motiverar att reglerna om offentligt framförande och om framförande i förvärvsverksamhet tillämpas också i vissa situationer som knappast faller under lagens ordalag, en ståndpunkt som också har stöd i HD:s tidigare praxis (se särskilt NJA 1980 s. 123).»

De senast behandlade STIM-målen ligger i tiden efter den epok som står i centrum för denna studie. De, starkt upphovsrättsvänliga, principdeklarationer från HD:s sida om tolkningen av reglerna om upphovsrättens omfattning som gjorts i de färska demonstrations- och sjukhusmusikmålen utgör emellertid något nytt, som givetvis inte bara avser musikalisk upphovsrätt utan rättsområdet som helhet. Här möter ett klart avståndstagande från de ovan berörda tankegångar som kom till uttryck i HD-majoritetens domskäl i industrimusikmålet. Sannolikt får de av HD nu knäsatta tolkningsprinciperna stor betydelse för upphovsrättens fortsatta utveckling i rättspraxis.

3.4 Patent- och mönsterrättslig praxis

3.4.1 Förhållandet mellan administrativ och judiciell prövning

Vid ett studium av rättsbildning genom praxis på det industriella rättsskyddets område är det till en början påkallat att beröra förhållandet mellan allmän domstol och administrativ rättskipning.

Patenträtten, mönsterrätten, varumärkesrätten och firmarätten bygger alla, helt eller delvis, på registrering som grundläggande rättsfaktum. I re-

gistreringsärenden föreligger besvärsrätt, i sista hand till regeringsrätten. Karakteristiskt för immaterialrätten – och principiellt intressant från allmän förvaltningsrättslig synpunkt – är emellertid, att allmän domstol har möjlighet att ompröva registreringsbesluten. Allmän domstol kan förklara ett meddelat patent ogiltigt och besluta att häva en mönster-, varumärkes- eller firmaregistrering.

Förhållandet mellan administrativ och judiciell prövning undersöktes 1955 i en uppsats av Ljungman.[60] Som denne fann har principiellt grundade divergenser mellan bedömningarna i regeringsrätten och högsta domstolen varit sällsynta. Ett exempel härpå kommer dock att tas upp, KF-målet.[61] Det är emellertid påtagligt att uppgiften att bryta nya vägar inom rättstillämpningen, som främst varit aktuell inom firma- och varumärkesrätten, under den här främst behandlade tidsperioden 1920–1970 väsentligen kommit att ligga hos de allmänna domstolarna. De administrativa instanserna, även regeringsrätten, har vanligen varit mer obenägna att gå utanför skriven lag, även om en anpassning till utvecklingen i domstolspraxis kommit till stånd.[62] Ett huvudskäl till denna olikhet torde ha varit det administrativa förfarandets mer summariska karaktär. Regeringsrättens beslut har vanligen, särskilt i patentmål, haft en prägel av avgöranden in casu och har i stor utsträckning saknat närmare motivering.

Ett huvudskäl för denna dominans för de allmänna domstolarna är med all säkerhet att söka däri att det först är mycket sent som ett modernt förvaltningsdomstolssystem med instansordning kommit till på det industriella rättsskyddets område. Patent- och registreringsverkets besvärsavdelning prövade ända fram till införandet av 1960 års varumärkeslag endast patentärenden. Då tillkom varumärkesärenden och senare successivt namnärenden och mönsterärenden. Besvärsinstans i firmaärenden är däremot kammarrätt. Först 1967 infördes en särskild lag om besvärsavdelningens verksamhet och först 1977 ombildades besvärsavdelningen till en helt fristående och självständig förvaltningsdomstol – patentbesvärsrätten.[63] Slutsteget – införandet av krav på prövningstillstånd i regeringsrätten – togs först 1986.[64]

Det är alltså bara ett fåtal år som regeringsrätten haft ställningen av pre-

60 Ljungman, Administrativ och judiciell prövning på det industriella rättsskyddets område i Festskrift till Herlitz 1955 s. 216 ff.

61 Se avsnitt 3.5.2 nedan.

62 Jfr Ljungman i Festskrift till Herlitz s. 228.

63 Prop. 1966:40 s. 267 ff.

64 Prop. 1985/86:86.

judikatinstans i sedvanlig mening på det industriella rättsskyddets område. Intill dess hade regeringsrätten att varje år pröva ett stort antal fall på området som saknade varje principiellt intresse. Det förekom t.ex. att motparter lämnade medgivande till registrering eller att patentkrav ändrades först under handläggningen i regeringsrätten. I regeringsrättens refererade praxis har man dock rätt länge kunnat se en tendens till mer principiella ställningstaganden och fylligare beslutsmotiveringar. I denna studie med sin huvudinriktning på tidsperioden 1920–1970, är det emellertid berättigat att i huvudsak begränsa synfältet till HD:s insatser.

3.4.2 HD:s patenträttsliga praxis

HD:s patenträttsliga praxis är mager om man ser till antalet fall som refererats i NJA. Dessa uppgår för femtioårsperioden 1920–1969 endast till cirka 20.[65] Det finns däremot rätt gott om notisfall; enbart A-notisernas antal uppgår för de nämnda femtio åren till omkring 35.[66] Tidsmässigt uppvisar materialet intressanta svängningar. Antalet patentmål var störst i HD under 1940-talet, något som delvis hängde samman med att mål om tvångslicens och villkoren härför var särskilt aktuella under denna tid till följd av krigs- och krisårens speciella produktions- och importförhållanden. Från 1960-talet finns däremot endast ett refererat HD-fall, nämligen NJA 1966 s. 237, Bolinder-Munktell angående rätt att överlåta skadeståndsanspråk p.g.a. patentintrång. En HD-dom i ett omfattande patentmål, NJA 1965 not A 13 mellan ASEA och Brown, Boveri har placerats i en notis som är så kortfattad att den knappast gör det möjligt att förstå avgörandet.[67] Från tiden därefter existerar endast ett HD-avgörande, NJA 1972 s. 462 (NIR 1972 s. 430) angående bedömning av uppfinningshöjd i fråga om en icke förut bekant funktion hos en känd anordning (infusionsapparat med droppmottagare). I detta i praktiken ofta åberopade rättsfall har HD ställt relativt måttliga krav på uppfinningshöjd.[68]

65 Liksom inom upphovsrätten medför gränsdragningen till mål av mer allmänt avtalsrättslig eller sakrättslig karaktär vissa svårigheter.

66 Ett stort antal av dessa notisfall har för tiden t.o.m. 1948 redovisats i Godenhielm, Patentskyddets omfång, Helsingfors 1950.

67 Ofullständigt referat i NIR 1966 s. 153. Fallets intressanta skadeståndsrättsliga aspekter har behandlats av L. Pehrson i Ulf 50, Skrifter utg. av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt nr. 50, 1986 s. 89 ff.

68 Jfr NJA 1949 s. 396 (NIR 1949 s. 256) ang. metod för chokladtillverkning, där det inte heller ställdes särskilt höga krav på uppfinningshöjd.

Bland de patentmål HD prövat under åren ställer det sig svårt att peka på rättsfall, där principiella problemställningar liknande dem som nyss behandlats för upphovsrättens del kommit upp. Åtskilliga fall har berört processuella problem.[69] Av de övriga har flertalet gällt talan om intrång i patent eller patents ogiltighet och härvid har frågor av teknisk natur vanligen stått i centrum eller i varje fall spelat stor roll. Domsmotiveringarna i dessa fall är vanligtvis av in casu-karaktär och målen har mestadels redovisats som notiser. Detta måste konstateras med ett beklagande, eftersom exempelvis bestämning av erforderlig uppfinningshöjd, tolkning av patentkrav och tillämpning av ekvivalensläran rymmer kvalificerade problem av juridisk karaktär.

Det framstår som beklagligt att HD inte beviljat prövningstillstånd i något patentmål på cirka tjugo år. Ett framlagt utredningsförslag att avskära de allmänna domstolarna från patentmålen och göra om patentbesvärsrätten till en allmän patentdomstol i enda instans har visserligen avvisats,[70] men det är väsentligt att HD inte i praktiken avskärmar sig från patentmålen. I den äldre HD-praxis som föreligger på patenträttsområdet finns det ingenting som tyder på att HD inte skulle väl kunna fylla sin uppgift också på detta område.

3.4.3 Mönsterrättslig praxis

Under de cirka 70 år som 1899 års rudimentära *mönsterskyddslag* gällde torde den endast ha föranlett en dom i HD, nämligen NJA 1932 s. 639 (NIR 1932 s. 70).[71] I detta mål, som avsåg skydd för en ljudtratt och en ljudarm till resegrammofoner, fastslog HD grundsatsen att lagen endast skyddade prydnadsmönster men däremot ej nyttomönster.[72] Detta framgick inte av lagtexten men stod i överensstämmelse med förarbetena. Avgörandet har i anslutning till domsmotiveringen i allmänhet ansetts innebära, att man vid bedömning av ett mönsters registrerbarhet haft att se till om det prydande

69 Jfr Ljungman i Festskrift till Herlitz s. 218 ff., Godenhielm i NU 1961:6 s. 59 ff. (även i NIR 1962 s. 43 ff.).

70 Prop. 1985/86 s. 15 ff., jfr Patentprocessen (SOU 1983:35).

71 NJA:s notisavdelning upptar minst två fall där prövningstillstånd ej beviljats, NJA 1933 not. B 653 och 1940 not. B 298.

72 JustR:n Wedberg, Stenbeck, Afzelius, Forsberg, von Steyern, Forssman och Sandström (enhälligt). Om fallet Eberstein, Om skydd för individualiteten. Den personliga och den ekonomiska (cit. Individualiteten), 1940 s. 6 ff., Mönsterskydd (SOU 1965:61) s. 45 f. med hänv., Levin, Formskydd s. 315.

eller det nyttiga utgjort huvudsaken. Domen innebar i viss mån en brytning med en mer liberal praxis som hade utvecklats i patentverket och kan så till vida sägas markera en strävan till återhållsamhet i rättstillämpningen. Den överviktsprincip som domen uttryckte torde dock inte ha slagit igenom varaktigt i administrativ praxis. Frågan har tappat intresse efter införandet av 1970 års mönsterskyddslag som också omfattar nyttomönster.[73]

3.5 Firmarättslig praxis

3.5.1 Bakgrunden

Den del av immaterialrätten, där rättsfallen varit särskilt talrika och HD:s betydelse för rättsutvecklingen störst, är utan tvekan kännetecknensrätten, i första hand firmarätten. Detta hänger samman med att lagstiftningen länge varit föråldrad samtidigt som den ekonomiska utvecklingen medfört ett behov av förbättrat kännetecknensskydd. Ännu i början av 1900-talet sålde de flesta företag inte märkesvaror utan anonyma varor och sökte knappast heller i övrigt framträda med egen profil på marknaden. För den reklam och marknadsföring som senare vuxit fram och alltmer utvecklats är det däremot grundläggande, att företagen söker individualisera sig och sina varor. Ofta investeras stora belopp i uppbyggnad av en till företaget eller märket knuten goodwill. En första förutsättning för sådan *individualisering* är att individualiseringsmedlen – kännetecknen – åtnjuter ett fullgott rättsligt skydd. Bakom den nutida kännetecknensrätten ligger emellertid också en annan huvudsynpunkt, nämligen konsumenternas och näringsidkarnas anspråk på skydd mot användning av förväxlingsbara kännetecken. Det har till stor del ankommit på HD att tillgodose utvecklingens krav.

HD har härvid haft att verka inom ramen för en föråldrad lagstiftning. 1887 års lag om handelsregister, firma och prokura (gamla firmalagen) för-

73 Det finns HD-avgöranden där nya mönsterskyddslagen har tillämpats, NJA 1980 s. 575 (NIR 1982 s. 164), Meccasoffan, där HD hävde en mönsterregistrering p.g.a. otillräcklig skillnad i förhållande till andra, förut kända soffor och NJA 1990 s. 168 (NIR 1990 s. 278), saxverktyg, där en liknande sax bedömdes falla innanför skyddsomfånget för mönsterregistreringen.

blev gällande, utan alltför stora ändringar, ända till införandet av 1974 års firmalag. 1884 års varumärkeslag gällde ända till tillkomsten av 1960 års varumärkeslag. Utgångspunkten för det följande är att belysa hur HD sökt bemästra detta problem.

3.5.2 HD:s erkännande av den materiella firmarätten

Grundläggande för firmarättens utveckling har varit erkännandet i HD:s praxis av en *materiell firmarätt.*

1887 års firmalag avsåg vid sin tillkomst endast att hindra registrering av förväxlingsbara handelsfirmor och ej att reglera en allmän privaträtt till firma. I sin doktorsavhandling 1909 hävdade emellertid Eberstein att en sådan privaträtt kunde anses föreligga utan särskilt lagstöd. Han fann firmalagens huvudsyfte vara att ange de yttre former, enligt vilka denna av lagen oberoende privaträtt hade att utvecklas. Eberstein ansåg, att allmän domstol kunde avkunna en konstaterande dom av innebörd att en person saknade rätt att begagna en firma. Domen skulle kunna verkställas med stöd av överexekutors allmänna befogenhet att förelägga vite enligt 38 § andra stycket utsökningslagen.[74] Uppenbart är att detta tillvägagångssätt att såsom gällande uppställa rättigheter, som inte blivit erkända i lagstiftning eller rättspraxis, utgjorde exempel på en äldre rättsvetenskaplig arbetsmetod, som särskilt lätt kommit att träffas av en senare tids kritik av rättighetsbegreppet med utgångspunkt i Uppsalaskolans syn på sanktionsmekanismen.[75] Rättspolitiskt var emellertid Ebersteins uppfattning välgrundad. Det svenska firmaskyddet var vid denna tid svagt utbildat internationellt sett och den nyss berörda utvecklingen mot ökad individualisering hade börjat komma i gång. Det torde inte råda någon tvekan om att Ebersteins ståndpunktstagande, som förts vidare i hans senare skrifter,

74 Eberstein, Bidrag till läran om namn och firma enligt svensk rätt (Cit. Namn och firma) s. 36 ff., särskilt s. 36 och 50 f., jfr Firmaskydd (SOU 1967:35), särskilt s. 173 f. Se om den intill utsökningsbalkens tillkomst 1981 gällande 38 § andra stycket UL bl.a. Hassler, Utsökningsrätt, 2 uppl. s. 137 f. med hänv. Eberstein sökte däremot ej efter utländsk förebild utveckla principer för den svenska rättens del om skyldighet att ersätta icke straffbar ren förmögenhetsskada på kännetecknsrättens område.

75 Inom immaterialrätten har denna kritik särskilt knutits till upphovsrätten, främst verksbegreppet, se bl.a. Karnell i TfR 1968 s. 401 ff. med hänv. Tyvärr har analysen väl ensidigt kommit att koncentreras till denna del av immaterialrätten, se dock Koktvedgaard, Immaterialretspositioner 1965 kap. IV.

övat starkt inflytande på rättsutvecklingen.[76]

För HD:s erkännande av den materiella firmarätten och utbyggnad av rättsområdet i övrigt har 1887 års *firmalags förfångsrekvisit* i 6 § spelat en central roll.[77] Rekvisitet hade från början karaktären av en forumregel men transformerades i HD:s praxis till ett materiellt rekvisit med början i rättsfallen NJA 1908 s. 268 (Happachs såpfabrik) och 1909 s. 591 (D. Forsells söner). I dessa fall fann HD det möjligt att på yrkande av innehavaren av en äldre firma, införd i handelsregistret, upphäva registreringen av en yngre, förväxlingsbar aktiebolagsfirma under åberopande av förfång för handelsfirmans innehavare, trots att reglerna om aktiebolagsfirma, intagna i aktiebolagslagen, inte lämnade något lagstöd härför. Genom lagändring 1911 normerades dock förhållandet mellan olika slag av registrerade firmor i linje med de principer HD utvecklat.

Det förblev däremot en oreglerad fråga, om innehavare av en registrerad firma kunde med framgång vända sig mot den som begagnade en icke registrerad, likartad firma. Detta spörsmål, som var att besvara jakande utifrån Ebersteins principuppfattning, sattes på sin spets i HD i fallet NJA 1933 s. 558 (NIR 1933 s. 142).

> Kärande i målet var innehavaren av en hotellrörelse (med matservering för gästerna) på Bryggargatan i Stockholm, för vilken hade inregistrerats en handelsfirma med *Savoy* som dominant. Svaranden drev en senare startad restaurangrörelse på Djurgården i Stockholm under den oregistrerade benämningen Savoy. I HD:s dom, som var enhällig (JustR:n Leijonhufvud, Edelstam, Sternberg, Stenbeck och von Steyern), uttalades, att den likhet som förefanns mellan firmorna lätteligen kunde föranleda till förväxling och därigenom till förfång för hotellrörelsens innehavare. Svaranden förbjöds att vidare använda benämningen Savoy och förpliktades att utge skadestånd till käranden. I rättsfallets rubrik i NJA angavs: »Intrång i firmarätten har funnits äga rum genom användning av oregistrerad benämning av förväxlingsbar likhet».

76 Se bl.a. Eberstein, Immateriellt rättsskydd s. 112 ff., särskilt s. 123; dens., Individualiteten s. 126 ff., jfr vad som sagts om Ebersteins betydelse för immaterialrättens utveckling i avsnitt 2 ovan.

77 Om rekvisitet Ljungman i Festskrift till Eberstein, 1950 s. 139 ff. Ett flertal firmarättsliga stadganden inom ramen för associationslagstiftningen har också innehållit förfångsrekvisit.

Fallet innebar ett klart erkännande av den materiella firmarätten.[78] Utgången i målet var framsynt även från den synpunkten, att namnet på en restaurangrörelse på Djurgården ansågs vara förväxlingsbart med en hotellrörelse på Nedre Norrmalm (Bryggargatan); något som visserligen framstår som helt naturligt numera men nog inte var det i dåtiden. Savoyfallet kan betecknas som klart exempel på rättsutveckling genom praxis på ett av lagstiftaren försummat område. Möjligt är att ställningstagandet underlättats av att endast civila påföljder (förbud och skadestånd) enligt gamla firmalagen kunde komma i fråga vid firmaintrång.

I senare rättspraxis har domstolarna utgått från existensen av en förbuds- och skadeståndssanktionerad privaträtt till firma.[79] Innehållet i denna rätt utbyggdes och preciserades steg för steg och ledde till en omfattande och nyanserad firmarättslig praxis, utvecklad genom rättsbildning i HD. Antalet firmafall refererade i NJA under tiden 1934–1969 kan anges till 27, varav 14 under den första tioårsperioden 1934–1943. Härtill kommer ett mindre antal A-notisfall.

Den av HD utbildade firmarätten, som gällde före tillkomsten av 1974 års firmalag, innebar bl.a. att en privaträttsligt skyddad firmarätt i princip ansågs uppstå genom firmans ibruktagande och användande och alltså inte genom registrering. Rätten utslocknade genom att firmahavaren upphörde att framträda under firman. Firmas innehavare åtnjöt ett vidsträckt skydd mot användning av förväxlingsbara benämningar och kännetecken, ehuru begränsningar bl.a. gällde med hänsyn till branschtillhörighet och geografisk belägenhet samt i fråga om ursprunglig ägargemenskap.[80] Utan egentligt lagstöd lade HD även fast principen att längre tids passivitet leder till rättens förlust.[81] Till de utmärkande dragen i rättsutvecklingen hörde vidare ett närmande mellan firma- och varumärkesrätten, sammanhängande bl.a. med det omfattande bruket av varumärkesliknande firmadominan-

78 Om fallet Eberstein, Individualiteten s. 131. Enligt Eberstein (a. a. s. 130) skulle dock HD:s majoritet indirekt ha erkänt den materiella firmarätten i det två år äldre målet NJA 1931 s. 82 (Tattersall). Det förefaller dock tveksamt om man vågar tillmäta HD-majoritetens dom i detta mål ett så stort intentionsdjup, jfr JustR von Seths särskilda votum.

79 Se särskilt NIR 1950 s. 208 (NJA 1950 not. C 643), Tällgårdens Turisthotell; NJA 1959 s.497 (NIR 1960 s. 121), Lättbetonghus; NJA 1964 s. 259 (NIR 1966 s. 64), Ljungs Armaturfabrik och NJA 1969 s. 266 (NIR 1970 s. 104), Strand Hotell i Norrköping. Omfattande upplysningar om rättspraxis enligt gamla firmalagen ges fortlöpande i Firmaskydd (SOU 1967:35).

80 Ang. det sistnämnda särskilt NJA 1962 s. 709 (NIR 1963 s. 214), Gahms.

81 NJA 1962 s. 716 (NIR 1963 s. 219), Götatryckeriet.

ter.[82]

Ett betydelsefullt mål, som väl belyser hur rättsutvecklingen tillgått och därutöver även illustrerar förhållandet mellan administrativ och judiciell prövning – samt sambandet mellan firma- och varumärkesrätt, är NJA 1941 s. 672 (NIR 1942 s. 91) angående skydd för *firmaförkortningen KF.*

Handlanden Karl Emil Fredriksson lät registrera handelsfirman KF:s kaffemölla, Karl Fredriksson samt sökte registrering av ett varumärke som upptog orden KF:s kaffemölla mot bakgrunden av en väderkvarn. Patentverket medgav inte registrering av detta märke på grund av dess likhet med varumärken för Kooperativa förbundet, som dominerades av bokstäverna KF. I motiveringen nämndes bl.a. att Fredriksson utan visat medgivande i sitt märke intagit annan firma i allmänt känd förkortning. Patentverket åberopade härvid grunderna för 4 § 2) i 1884 års varumärkeslag, vari bl.a. förklarades, att varumärke ej fick registreras om däri obehörigen intagits annan firma än sökandens. Sedan Fredriksson besvärat sig fann emellertid regeringsrätten enhälligt, att hinder mot registrering »icke kunde anses föreligga i de av verket anmärkta hänseendena» (RÅ 1938 not. H 50, referat i NIR 1938 s. 187). Härefter registrerades Fredrikssons märke.

Kooperativa förbundet stämde härefter Fredriksson på både firma- och varumärkesrättslig grund och yrkade upphävande av dennes firma- och varumärkesregistreringar, förbud mot användning av firman KF:s kaffemölla samt skadestånd. Med stöd av utlåtande av Eberstein[83] gjorde förbundet bl.a. gällande att den sedan länge inarbetade firmaförkortningen KF åtnjöt firmarättsligt skydd. Rådhusrätten och hovrättens majoritet fann att förbundets talan inte kunde bifallas, sannolikt under intryck av regeringsrättens avgörande. I HD däremot bifölls förbundets talan enhälligt (JustR:n Stenbeck, Bagge, Sandström, Lind och Nissen). I domsmotiveringen anfördes bl.a., att förkortningen KF sedan länge varit inarbetad såväl bland näringsidkare som inom stora delar av befolkningen i övrigt och att den registrerade firman lände förbundet till förfång. HD åberopade härvid grunderna för 5 § firmalagen.

Rättspraxis förmådde sålunda att utan egentligt lagstöd utveckla ett på in-

82 Förhållandet mellan firma och varumärke är ett ämne som Eberstein behandlade i många sammanhang. Han har härvid hävdat omöjligheten av en klar gränsdragning mellan de båda kännetecknsformerna. Se bl.a. Eberstein i NIR 1952 s. 16 ff., särskilt s. 27, dens. i Minnesskrift till Hult 1951 s. 84 ff., Firmaskydd (SOU 1967:35) s. 177. Grundläggande för utvecklingen i praxis har varit plenimålet NJA 1931 s. 558, Göta Choklad; om målet Eberstein, Individualiteten s. 22. Att firman också fyller andra funktioner än kännetecknsrättsliga har utvecklats i Per Stjernquist, Föreningsfirmans funktion 1950 s. 15 ff., jfr Ebersteins kritik i Festskrift till Ussing 1960 s. 101 ff.

83 Se även Eberstein, Individualiteten s. 19 ff.

arbetning grundat rättsskydd för firmaförkortningar.

Det finns anledning att något stanna inför den nyckelroll som det omtolkade *förfångsrekvisitet* spelat för firmarättens utveckling genom HD:s praxis. I rekvisitet har inlagts ett krav på förväxlingsbarhet i det konkreta fallet, men i övrigt har förfångsbegreppet knappast givits någon självständig betydelse utan närmast kommit att fungera som en rättsteknisk konstruktion, genom vilken man kunnat till firmalagstiftningen formellt knyta an de regler om privaträttsligt firmaskydd som utbildats i praxis.[84] Ljungman har härom träffande sagt att rekvisitet utbrett »en dimridå, bakom vilken allehanda nyttiga hänsyn kunnat kämpa sig fram till rättsligt erkännande».[85]

För att se realiteterna är det klargörande att formulera de i praxis utbildade reglerna utan användning av förfångskonstruktionen. Dessa kunde, med bortseende från regelsystemets detaljer, sägas innebära, att den som tagit i bruk en firma kunde få dom på skadestånd och/eller förbud mot den som använde ett med firman förväxlingsbart kännetecken. Förfångsrekvisitet hade sålunda inget självständigt innehåll.

Konstaterandet är av intresse inte minst från allmänt civilrättslig synpunkt. Som nämnts i 3.2.3 brukar man i svensk rätt hävda som princip, att ren förmögenhetsskada på det utomobligatoriska området i regel endast är ersättningsgrundande när den åstadkommits i samband med brott eller det eljest finns lagstöd för ett skadeståndsansvar. Rättsutvecklingen inom firmarätten ger dock anledning ifrågasätta, om principen verkligen haft den räckvidd som gjorts gällande. HD har på detta område, där straffsanktion saknas, utan egentligt lagstöd successivt byggt upp ett ansvar för ren förmögenhetsskada i form av konkurrensskada genom användning av förväxlingsbara kännetecken – låt vara att detta skett på en omväg under förfångsrekvisitets täckmantel.[86]

Den nya firmalagen av 1974 bygger i hög grad på tidigare praxis, samtidigt som den nära anpassats till varumärkeslagen av 1960. Den viktigaste skillnaden är att oregistrerade firmor enligt nya firmalagen skyddas först efter inarbetning och inte redan från ibruktagandet. Eberstein avslutade en

84 Som exempel kan nämnas HD:s domsmotivering i målet NJA 1969 s. 266 (NIR 1970 s. 104) ang. Strand Hotell i Norrköping: »Den likhet firmorna ... företer kan, med hänsyn till att parterna driver likartad verksamhet på samma ort, lätt leda till förväxling och är därmed till förfång ...».

85 Ljungman i Festskrift till Eberstein, 1950 s. 157.

86 Kleineman, Ren förmögenhetsskada 1987 s. 227 f., där Savoymålet belyses i ett bredare skadeståndsrättsligt perspektiv. Se vidare 4.2 nedan.

enastående insats på rättsområdet när han – som plöjt upp detsamma genom sin avhandling 1909 – år 1967 såsom utredningsordförande framlade förslaget till ny firmalag, ett välskrivet betänkande som med få justeringar lades till grund för firmalagen av 1974.

3.5.3 9 § Lagen mot illojal konkurrens

Det skedde också en rättsutveckling i praxis i anslutning till den 1942 införda 9 § lagen om illojal konkurrens (IKL), betitlad illojal användning av kännetecken.[87] Denna »lilla generalklausul» gav i sitt ursprungliga skick ett allmänt, straffsanktionerat skydd för varje kännetecken som inarbetats för någons näringsverksamhet eller däri utbjudna varor eller prestationer. Intrångshandlingen måste dock ha begåtts med *uppsåt* att framkalla förväxling. En motsvarande regel infördes för upphovsrättsligt skyddade verk som offentliggjorts eller mångfaldigats under egenartad titel eller diktat namn. I samband med tillkomsten av 1960 års varumärkeslagstiftning föreskrevs dock, att stadgandet inte skulle tillämpas där det kännetecken, med vilket förväxling kunde äga rum, var skyddat enligt varumärkes- eller kollektivmärkeslagen. Samtidigt överfördes reglerna om titelskydd i utbyggt skick till den nya upphovsrättslagen (50 §). 9 § IKL förblev emellertid gällande som komplement till firmalagstiftningen fram till nya firmalagens tillkomst 1974, då stadgandet upphävdes.

Den refererade *praxis* rörande 9 § IKL är inte stor. I NJA:s 1940- och 1950-talsårgångar har sex fall refererats, fem om kännetecknesskydd och ett om titelskydd. I NIR återfinns ytterligare fyra rättsfall från samma tidsperiod, alla rörande kännetecknesskydd. I tre av dessa meddelade HD inte prövningstillstånd, medan det fjärde fallet stannade i hovrätten. Under 1960-talet och 1970-talet fram till stadgandets upphävande tillkom inget refererat fall.

En viktig sanktionsfråga belystes i NJA 1948 s. 642 (NIR 1949 s. 133), där HD fann användning av beteckningen »Bönan Extra lyx» för kaffe förväxlingsbar med den inarbetade beteckningen *Bönan Lyx* och stridande mot stadgandet. I målet fördes straff-, skadestånd- och förbudstalan. Överrätterna fann emellertid, med tillämpning av en allmän rättsprincip med vidare räckvidd, att förordnande om förbud ej får kumuleras med ådömande av straff och skadestånd.

87 Prop. 1942:257 med bifogad PM. IKL:s utveckling och avveckling behandlas närmare i 4.3 nedan.

Det framgår av förarbetena till stadgandet, att man tänkte sig att den på grunderna för 6 § firmalagen byggda praxis skulle kunna fortbestå och utvecklas även efter tillkomsten av 9 § IKL.[88] I ett mål som kan ses som ett vidareförande av Savoyfallet, NJA 1956 s. 664 (NIR 1957 s. 242), valde emellertid HD att åberopa grunderna för 9 § IKL.

> En enskild näringsidkare hade (enligt vad domstolarna fann) inarbetat beteckningen *A-Bilskolan* för en av honom i Stockholm driven bilskola. Näringsidkaren förde i målet förbudstalan mot en konkurrent i Stockholm, som senare registrerat firman A-bilisten och samtidigt därmed börjat begagna denna. Talan bifölls i alla instanser, men medan underrätterna åberopade grunderna för 6 § firmalagen åberopade HD grunderna för 9 § IKL (JustR:n Hellquist, Lech, Romanus, referent, Digman och Dennemark). Enligt vad som framhölls i domsmotiveringen och även särskilt nämndes i fallets rubrik i NJA berodde detta på att benämningen använts av en icke bokföringspliktig enskild näringsidkare. Sakligt innebar emellertid anknytningen till 9 § IKL, att HD kom att kräva inarbetning och inte blott ibruktagande som förutsättning för rättsskydd i denna typ av fall.[89]

Från principiell synpunkt är domen av betydande intresse. 9 § IKL var ett straffstadgande, som för sin tillämplighet fordrade uppsåt att framkalla förväxling. Något sådant uppsåt torde ej ha visats i fallet, som ju därtill överhuvud inte avsåg straffansvar. Man kan säga att HD biföll en förbudstalan i ett civilmål med stöd av grunderna för ett straffstadgandes objektiva rekvisit med bortseende från de subjektiva. Det kan också särskilt noteras att förbudstalan ansågs möjlig trots att förbud enligt Bönan Lyx-avgörandet inte fick tillgripas vid direkt tillämpning av stadgandet. Domen bör ses mot bakgrund av att målet gällde ett område, där rättsutvecklingen väsentligen kommit att läggas i händerna på rättspraxis och där ett åberopande av firmalagens grunder också torde ha kunnat komma i fråga. I domsmotiveringen uttalade sålunda HD att förfång uppkommit. Även med hänsyn till antydda omständigheter måste dock sägas, att HD i fallet grundade sig på ett straffstadgande på ett påfallande fritt sätt.

88 Prop. 1942:257 s. 16 samt bif. PM s. 18, jfr Heiding, Varumärken, 1946 s. 67 ff.
89 Om fallet Ljungman i SvJT 1958 s. 168 f.

3.6 Namnrättslig praxis

3.6.1 Skydd för ideell förenings namn

Rättsutvecklingen inom namnrätten företer många paralleller med firmarätten. Även här har huvudfrågan varit om och i vad mån HD varit beredd att utan lagstöd erkänna en i vart fall förbudssanktionerad ensamrätt till namn, *en materiell namnrätt*. Det är två, från varandra klart skilda, typer av namn som härvid varit aktuella, nämligen ideell förenings namn och egenartat släktnamn.

Frågan om *skydd för ideell förenings namn* står firmarätten nära. Benämningen på ekonomisk förening, som kallas firma, har alltsedan 1895 års lag i ämnet reglerats inom föreningslagstiftningens ram i analogi med aktiebolagslagens regler om aktiebolags firma. I linje härmed har stadganden om ideell förenings namn upptagits i de förslag till allmän lagstiftning om ideella föreningar som lagts fram vid olika tidpunkter. Genom att dylik lagstiftning aldrig kommit till stånd har emellertid frågan om skydd för ideell förenings namn förblivit oreglerad i lag.[90] I HD:s praxis sattes spörsmålet första gången på sin spets i ett rättsfall 1938, NJA 1938 s. 232 (NIR 1938 s. 84).

> Sedan 1900-talets början hade i Malmö verkat en lokal arbetsgivareförening, *Malmö byggmästarförening u.p.a.* Genom en utbrytning av denna 1935 bildade ett antal f.d. medlemmar Malmö nya byggmästarförening. Gamla föreningen yrkade förbud för nya föreningen att använda sitt namn med hänsyn till dettas förväxlingsbara likhet. Yrkandet ogillades av HD med tre röster (JustR:n Molin, Forssman och Bellinder) mot tre (JustR:n Grefberg, Lind och Sterzel). Det synes framgå av åberopade motiveringar, jämförda med rubriken i NJA, att de tre justitieråd – däribland den som med ålderns företräde bestämde målets utgång – till skillnad från sina kolleger ansåg, att en ideell förening inte kunde förbjudas använda sitt namn på grund av förväxlingsbar likhet med benämningen på en äldre sådan förening. Minoriteten hyste klart motsatt uppfattning härvidlag utan att dock åberopa något visst lagrum.

Utgången i målet blev kritiserad i doktrinen, särskilt av Eberstein.[91] En omsvängning kom åtta år senare i ett från denna undersöknings utgångs-

90 Om utvecklingen Firmaskydd s. 342 f. Ideell förening har i praxis tillerkänts rättskapacitet alltsedan 1900-talets början, se bl.a. Bernitz Marknadsrätt, 1969 s. 390 med hänv.

91 Eberstein, Individualiteten s. 32, även Nial i SvJT 1942 s. 220.

punkter mycket intressant fall, NJA 1946 s. 767 (NIR 1947 s. 135).

> Målet gällde frågan om skydd för namnet *Skidfrämjandet*, den allmänt använda förkortningen för den ideella Föreningen för Skidlöpningens och Friluftslivets främjande i Sverige. I föreningens verksamhet ingick att söka få fram goda artiklar för skidsport, och föreningen kunde medge fabrikanter som framställde av föreningen godkända varor att mot ersättning få använda föreningens namn och märke. Sådant tillstånd meddelades näringsidkaren Areskoug för bl.a. skidlack, och Areskoug lät härefter registrera ett varumärke i vilken ingick bilden av en same på skidor (Skidfrämjandets emblem) samt orden Skidfrämjandets skidlack. Sedan avtalet med Areskoug upphört, fortsatte denne att använda märket. Föreningen förde i målet talan mot Areskoug med yrkande att varumärkesregistreringen skulle upphävas och Areskoug dömas till straff och skadestånd. Föreningens talan bifölls i huvudsak i alla instanser och av en enhällig HD, där dock skiljaktigheter framkom i motiveringen och i synen på ansvarsfrågan.
>
> Avgörande för utgången i målet var tolkningen av 4 § 2) i 1884 års varumärkeslag, enligt vilken varumärke ej fick registreras, om däri »obehörigen intagits annat namn eller annan firma än sökandens eller namnet på annans fasta egendom». Den citerade lokutionen – som återkom i straffstadgandena i 12 och 13 §§ – var att se mot bakgrund av lagens 1 §, enligt vilken den uteslutande rätten till varumärke bara tillkom näringsidkare. HD:s majoritet (JustR:n Afzelius, Sterzel och Hellquist) fann, att föreningen ej var näringsidkare i 1 §:s mening men att den ändå var berättigad att fordra registreringens upphävande:
>
> »enär stadgandet i 4 § 2) nämnda lag – även om lagrummet, i likhet med 12 och 13 §§, vid sin tillkomst hade ett mera begränsat syfte – måste, i överensstämmelse med ordalagen och gällande rättsuppfattning, så förstås att därigenom skyddas jämväl namnet å den som ej är näringsidkare varom i 1 § förmäles».
>
> De väsentligen likalydande straffstadgandena ansågs däremot ej tillämpliga och Areskoug befriades från i underrätterna ådömt straffansvar.[92]

Av särskilt intresse är majoritetens uttryckliga förklaring att den gjort en omtolkning i enlighet med »gällande rättsuppfattning», låt vara inom ramen för stadgandets ordalag.[93] Man torde härvid ha åsyftat uppfattningen, att ideell förening borde tillerkännas ett självständigt namnskydd, något som i doktrinen särskilt förordats av Eberstein. Härför talar både en jämförelse med de två mer försiktigt utformade minoritetsvota och bedöm-

92 Skadestånd hade ej utdömts, då skada ej visats föreligga. Minoriteten i HD (JustR:n Ljunggren och Alsén) lade i sina vota större vikt vid den ekonomiska sidan av Skidfrämjandets verksamhet.

93 Härom Folke Schmidt i Festskrift till Herlitz, 1955 s. 286.

ningen av sanktionsfrågan. Att HD fann att straffsanktion ej kunde tillämpas torde visa, att Areskougs intrång inte ansågs avse varumärke utan ett annat skyddsvärt intresse, nämligen Skidfrämjandets namn. Vid utformningen av sanktionerna för intrång i det namnskydd, som realistiskt sett tillskapades genom domen, knöt HD uppenbarligen an till det närliggande firmaskyddet. Det kunde inte gärna ha kommit i fråga att sanktionera det nybildade namnskyddet starkare än firmaskyddet. Före tillkomsten av 1974 års firmalag var firmaskyddet sanktionerat endast med förbud och skadestånd. Hänsyn till den straffrättsliga legalitetsprincipen torde också ha spelat in.[94]

Man har diskuterat vilken räckvidd avgörandet om Skidfrämjandet bör tilläggas från namnrättslig synpunkt. Eberstein har i en uppsats betecknat domen som »en milstolpe i svensk namnrätt» och tillagt den stor betydelse också för bedömningen av frågan om ensamrätt till släktnamn.[95] Fallet är emellertid inte alldeles rent genom att föreningen – såsom markerats i rubriken i NJA – bedrev viss ekonomisk verksamhet och genom tolkningsfrågans nära anknytning till varumärkeslagen.[96]

Spörsmålet om ideell förenings namnrätt är ännu inte reglerat i lag och senare HD-avgöranden saknas. Firmautredningen föreslog 1967 införande av en särskild lag om skydd för ideell förenings och stiftelses namn. Enligt utredningens mening hade ett privaträttsligt skydd för ideell förenings namn i princip godtagits i praxis, ehuru med oklar räckvidd.[97] Numera föreligger ett ytterligare, år 1969 avgjort fall, som dock stannade i hovrätten.[98] I detta mål utgick både Stockholms rådhusrätt och Svea hovrätt enhälligt från att en ideell förening, *Sveriges Detektivsamfund*, ägde ensamrätt till sitt namn, dock först sedan detta blivit inarbetat.

Lagstiftaren avstod i samband med tillkomsten 1974 av firmalagen från att genomföra förslaget om en särskild lag om ideell förenings och stiftelsers namn och därvid har läget hittills förblivit. Medan olika spörsmål om

94 Så Thornstedt i Festskrift till Herlitz s. 364. 9 § IKL hade ej åberopats i målet, härom Ljungman i SvJT 1952 s. 829.

95 Titeln på Ebersteins uppsats i Festskrift till Ekeberg s. 135 ff., där fallet analyseras ingående (även i NIR 1950 s. 153 ff.), jfr dens. Namn och firma s. 38 ff., där Eberstein redan 1909 med stöd av ändamålsöverväganden lanserade den av HD-majoriteten tillämpade tolkningen av varumärkeslagen.

96 Så även Ljungman i Festskrift till Eberstein s. 152, dens. i SvJT 1952 s. 824 f.

97 Firmaskydd s. 341 f., 349; se även 14 § 4) i 1960 års varumärkeslag och 10 § 5) i 1963 års namnlag.

98 Referat i NIR 1969 s. 428.

rättsskyddets närmare räckvidd ännu står öppna, torde det knappast råda någon tvekan om att HD, därest saken nu kommer upp, skulle bereda ideella föreningar samt förkortningar därav och även stiftelser en förbuds- och skadeståndssanktionerad ensamrätt till inarbetade namn.[99] Mot bakgrund av den rättsutveckling som i övrigt skett inom kännetecknensrätten kan några sakliga skäl att ställa här aktuella kännetecken i en särställning knappast anföras. Ideell förenings namnrätt utgör ett viktigt exempel på rättsbildning genom praxis på ett område, där lagstiftaren inte velat ingripa av speciella skäl; i detta fall främst den bristande politiska viljan att åstadkomma en allmän associationsrättslig lagstiftning om ideella föreningar.

3.6.2 Skydd för egenartat släktnamn

Frågan om *skydd för egenartat släktnamn* var länge föga observerad i Sverige. KF 1901 angående antagande av släktnamn (släktnamnsförordningen), som gällde fram till 1963, var av administrativ karaktär och lämnade frågan om privaträttsligt skydd öppen. Indirekt gav förordningen dock ett visst skydd för befintliga egenartade släktnamn genom att dessa inte godkändes som nya släktnamn.[100] Utomlands var däremot rättsläget ofta ett annat. I Norge hade sålunda høyesterett redan 1896 utan stöd i lag erkänt en privaträtt till släktnamn (namnet *Aars*) under hänvisning till att »den umiddelbare rettsfølelse» och »den almene rettsbevissthet» fordrade sådant skydd.[101] I Tyskland lagfästes principen om ensamrätt till namn vid tillkomsten av BGB (§ 2).[102] I svensk doktrin togs spörsmålet upp närmare för första gången i Ebersteins ovan i 3.5.2 berörda avhandling, där han hävdade existensen av en materiell namnrätt på i stort sett samma grunder som den materiella firmarätten.[103]

I svensk judiciell rättspraxis kom problemet om ensamrätt till släktnamn främst under bedömning i fråga om *adliga namn* med egenartad karaktär. HD fick för första gången ta ställning till saken i NJA 1929 s. 283

99 Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 150 f.

100 Se härom och till det följande Förslag till namnlag (SOU 1960:5) s. 46 ff., 62 ff. med hänv.

101 NRt 1896 s. 530, om domen bl.a. Knoph, Åndsretten s. 374 ff.

102 Se för en komparativ översikt av det nutida rättsläget Strömholm, Right of privacy and rights of the personality, 1967 (Cit. Right of privacy), särskilt s. 128 ff., även Förslag till namnlag s. 69 ff.

103 Eberstein, Namn och firma s. 36 ff., särskilt s. 50 f.

(*Lindencrona*) och det därmed likartade och efter samma linjer avgjorda NJA 1929 s. 297 (*Bildt*).[104]

> Ätten Lindencrona hade adlats 1719 och samma år introducerats på riddarhuset. Namnet var egenartat för ätten. I målet förde ättens huvudman talan mot efterlevande släktingar till en man vid namn Larsson som 1894 tillagt sig namnet Lindencrona med yrkande att dessa skulle förklaras sakna rätt att bruka namnet. Talan vann bifall i alla instanser och käranden berättigades få anteckningar att svarandena saknade rätt bruka namnet verkställda i kyrkoböcker, folkregister och mantalslängd. I HD yppades emellertid inte mindre än tre skilda meningar i rättsfrågan. Majoriteten (JustR:n Bergman, Christiansson, Leijonhufvud och Högstedt) hänvisade i domsmotiveringen till adelsprivilegier från 1600- och 1700-talen, som ansågs innefatta en ensamrätt till egenartat adligt ättenamn och som senare inte upphävts eller kunde anses ha upphört. Ett justitieråd (Kôersner) nådde samma slut som majoriteten men med den motiveringen, att han ville erkänna en sedvanerättsligt grundad ensamrätt till egenartat släktnamn, även borgerligt namn.[105] Två justitieråd slutligen (Borgström och Sundberg) ansåg, att svensk rätt inte kände någon ensamrätt ens till adligt ättenamn och ville därför ogilla Lindencronas talan. Till stöd för denna uppfattning åberopade Sundberg såsom domsmotivering en vidlyftig rättshistorisk utredning.[106]

HD har i två senare mål om egenartat adligt namn utan meningsskiljaktighet i principfrågan upprätthållit sin rättstillämpning från 1929.[107] Frågan om ensamrätt till egenartat *borgerligt namn* kom däremot aldrig upp till bedömning i HD, innan ett lagreglerat skydd infördes genom 1963 års namnlag. I underrättspraxis har däremot förekommit ett flertal fall, där uppfattningen att rättsordningen erkände en sådan rätt kommit till uttryck i domar eller domsmotiveringar.[108]

104 I ett något äldre mål, som stannat i Svea hovrätt, hade ätten Gyllensvärd tillerkänts ensamrätt till namnet, SvJT 1918 rf. s. 49. I TfR 1929 s. 402 f. nämns vissa andra underrättsfall.

105 Kôersner utvecklade sin uppfattning i TfR 1929 s. 526 ff.

106 Se även Emil Sundberg i TfR 1929 s. 379 ff.

107 NJA 1940 s. 648 ang. namnet Lagercrantz (JustR:n Afzelius, Lawski, Grefberg, Alsén, Gyllenswärd och Dahlman), NJA 1958 s. 617 ang. namnet Åkerhielm (JustR:n Ericsson, Regner, Digman, Y. Söderlund och Bomgren).

108 NJA 1936 s. 221 (Pauli), se H. Elliots votum i hovrätten, och det i Eberstein, Individualiteten s. 32 nämnda häradsrättsfallet 1938 (namnet Eberstein), i annan riktning dock ett i Westerberg, Om rättskraft i förvaltningsrätten 1951 behandlat hovrättsavgörande 1946 (Brandeborg).

Ett sådant fall, som inte torde vara observerat i litteraturen, är NJA 1958 not. C 560 (*Ulff*). I detta mål förde en person med efternamnet Ulff, vilken tillhörde en släkt som sedan 1600-talet burit detta icke adliga namn, talan mot en person tillhörande släkten Ulf, som dock själv stavade Ulff. Käranden bestred inte svarandens rätt till namnet Ulf men yrkade, att han skulle förpliktas att stava detta med blott ett f. Käromålet ogillades i häradsrätten och hovrätten för Västra Sverige. HD meddelade ej prövningstillstånd. Häradsrätten yttrade i sin domsmotivering, som fastställdes i hovrätten: »Käranden har icke bestritt svarandens rätt till släktnamnet Ulf. I målet är upplyst, att svarandens namn i kyrkoböckerna skrives Ulf med ett f, medan svaranden själv stavar namnet på samma sätt som käranden med två f. Denna olikhet i stavning är icke så betydande, att man här kan tala om två olika namn. Följaktligen kan icke anses, att svaranden genom att stava namnet med två f använder namn, vartill kärandens släkt har ensamrätt. Vid sådant förhållande, och då svarandens begagnande av samma stavning som käranden icke i och för sig kan anses utgöra intrång i dennes namnrätt, har käranden icke visat fog för sin talan.»

Namnlagen av 1963 införde ett allmänt förbuds- och skadeståndssanktionerat rättsskydd för egenartat släktnamn (19 §) och bragte sålunda omsider spörsmålet till en lämplig lösning. Rättsprincipen har förts över till nuvarande namnlag av 1982, där man dock – rätt diskutabelt – ersatt termen släktnamn med efternamn (20 §).[109]

Ehuru HD:s fyra adelsnamnsdomar avser ett äldre rättsläge är de ännu av principiellt intresse. HD:s metod att grunda namnskyddet på gamla adelsprivilegieförfattningar går knappast fri från kritik. Om dessa författningar i ett äldre skede verkligen haft den innebörd HD sedermera tillagt dem förefaller oklart.[110] När Eberstein i sin avhandling 1909 drog fram författningarna i ljuset och därigenom gav dem förnyad aktualitet torde dessa länge ha varit obeaktade.[111] Mot bakgrund av samhällsutvecklingen borde det ha legat nära till hands att anse de gamla privilegieförfattningarna obsoleta. När HD 1929 formellt lade dem till grund för erkännandet av en ensamrätt till adligt ättenamn, var det i själva verket fråga om en ny-

109 Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt 3 uppl. s. 152 f. HD har bedömt kollisioner mellan egenartade släktnamn och firmor i NJA 1973 s. 717 (NIR 1974 s. 193), Wänerskog och NJA 1985 s. 563 (= NIR 1985 s. 592), Gullmarsstrand. Om aktuella problem Halén i NIR 1988 s. 402 ff.

110 Se Emil Sundberg i TfR 1929 s. 406, Kôersner i TfR 1929 s. 528 f., Förslag till namnlag s. 64 med not 1.

111 Eberstein, Namn och firma s. 42 ff. Eberstein upplyser där att författningarna »snart sjönko i glömska» (s. 47) och att svensk namnrättslig domstolspraxis saknades ännu 1909 (s. 48 not 2).

daning i praxis. Härför fanns i och för sig goda sakliga skäl. Spörsmålet om ny släktnamnslagstiftning hade gått i baklås på lagstiftningsplanet,[112] och bakom det ibland förekommande förfarandet att anta en helt främmande släkts egenartade, vanligen välrenommerade släktnamn låg knappast några beaktansvärda syften. I fråga om skyddsintresset förelåg emellertid ingen egentlig skillnad mellan adelsnamn och egenartat borgerligt namn. HD:s ståndpunktstagande att genom sin rättstillämpning ge nytt liv och ökad tyngd åt gamla privilegier ter sig tveksamt.

Just denna omständighet gör det emellertid sannolikt, att HD:s domar i adelsnamnsmålen bör betraktas som ett första steg, som skulle ha följts av ett andra – erkännande av ett motsvarande skydd för borgerligt namn byggt på allmänna rättsprinciper – om ett lämpligt fall kommit upp.[113] Att ett sådant fall aldrig kom under bedömning är ett exempel på hur HD:s möjlighet till prejudikatsbildning också på praktiskt aktuella områden hämmas av brist på rättsfallsmaterial.

Avslutningsvis bör påpekas att det i svensk juridisk diskussion om släktnamnskyddet i regel saknats ett bredare personlighetsrättsligt perspektiv. Enligt kontinentaleuropeiskt, inte minst tyskt, synsätt utgör släktnamnsrätten en viktig del av den allmänna personlighetsrätten. Det är från denna synpunkt belysande att svenska HD föredrog att förankra sina avgöranden i adelsnamnsmålen i gamla privilegieförfattningar och inte, som norska høyesterett, i allmänna principer. Överhuvud har inte HD hittills bidragit till utvecklandet av något integritets- och personlighetsskydd utöver vad som följer av skriven lag. Detta gäller även rätten till egen bild, där HD i ett avgörande 1976 (NJA 1976 s. 282, NIR 1976 s. 335, Hem till byn) inte fann en stillbild av en skådespelare – som framställde denne i huvudrollen i en TV-film – vara skyddad mot utnyttjande i reklam utan tillstånd. På detta område har dock senare införts ett rättsskydd genom 1979 års lag om namn och bild i reklam.[114]

112 Ett av Eberstein 1921 framlagt lagförslag ledde ej till lagstiftning.

113 Jfr Eberstein, Individualiteten s. 136 f., se vidare dens. i Festskrift till Ekeberg s. 135 ff. med hänv. och i SvJT 1956 s. 123 ff. Varumärkesutredningen räknade med att praxis erkände en ensamrätt till egenartat borgerligt släktnamn (SOU 1958:10 s. 226) medan namnrättskommittén lämnade frågan öppen, SOU 1960:5 s. 66.

114 Se bl.a. Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 68 ff., Levin, Rätt till egen bild, 1986, Lögdberg, Personlighetsrätt, 1972, Strömholm, Right of Privacy och dens. i NIR 1969 s. 207 ff. Jfr Eberstein, Individualiteten s. 44 ff.

3.7 Varumärkesrättslig praxis

3.7.1 Några utgångspunkter

Inom varumärkesrätten har de skrivna reglerna varit mer omfattande än inom firmarätten och namnrätten och 1884 års varumärkeslag erkände redan från början en privaträtt till registrerat varumärke. Även om praxis sålunda inte spelat en lika fundamental roll för rättsutvecklingen inom varumärkesrätten som inom hittills behandlade delar av kännetecknsrätten har den dock varit betydelsefull. Rättstillämpningens huvudtendens – att medverka till utbyggnad av ett allmänt skydd mot användning av förväxlingsbara kännetecken – har också varit densamma och har speglat individualiseringsmedlens starkt ökade betydelse i näringslivet.[115] Tillkomsten av 1960 års varumärkeslag har väsentligen inneburit ett vidareförande av tendenserna i praxis och inte en brytning med dem.

Antalet rättsfall i HD har varit betydande. Under femtioårsperioden 1920–1969 har 48 varumärkesmål refererats i NJA, inbegripet några fall som avsett både varumärkes- och firmarätt. Det finns härutöver ett betydande antal notisfall.[116] Målens tidsmässiga fördelning är dock ojämn. Antalet mål som nådde HD visade redan på 1950-talet en starkt sjunkande trend och har efter tillkomsten av 1960 års varumärkeslag blivit få. HD meddelade under 1960-talet dom i ett enda mål med tillämpning av nya varumärkeslagen, det i 3.7.3 behandlade Polycolormålet. Under 1970- och 1980-talen har tillkommit 8 varumärkesmål, refererade i NJA. Det finns härutöver från senare år ett betydande antal mål om varumärkesregistrering, refererade i RÅ med relativt fylliga motiveringar.

3.7.2 Skydd för oregistrerade varumärken

Ett av varumärkesrättens huvudproblem har sedan gammalt varit frågan om endast registrerade märken bör skyddas eller även märken som är oregistrerade men inarbetade på marknaden eller eventuellt bara hunnit tas i

115 Jfr 3.5.1 ovan. – Översikt av rättsutvecklingen i Förslag till varumärkeslag, passim, se även Heiding, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken (cit. Varumärken), 1946, passim. Praxis har tillämpat förfångsrekvisitet på ett sätt som har många paralleller med firmarätten, Ljungman i Festskrift till Eberstein s. 148 ff., särskilt s. 150.

116 Åtskilliga av dessa har refererats i NIR. Notisfallen har till stor del beaktats i Förslag till varumärkeslag och i Heiding, Varumärken.

bruk. I 1884 års varumärkeslag hade man i överensstämmelse med dåtida tysk praxis stannat för att endast skydda registrerade varumärken.[117] Erfarenheten kom emellertid att visa, att denna ståndpunkt, närmast föranledd av önskemål om förutsebarhet och överskådlighet, kunde leda till materiellt obilliga resultat. HD:s strävan att undvika sådana torde ligga bakom fallet NJA 1929 s. 44.

> Ett stort tyskt företag hade sedan många år i Sverige sålt kameror och filmer under märkena *Tenax* och *Tengor*, som dock inte hade registrerats. En svensk, som helt saknade förbindelse med företaget, lät registrera märkena, synbarligen i illojalt syfte. Det tyska företaget förde talan mot svensken med yrkande att registreringarna skulle upphävas, eftersom de lände företaget till förfång. Denna talan bifölls enhälligt både i underrätterna och i HD (JustR:n Thomasson, Bergman, von Seth, Dyberg, Edelstam, Alexanderson och Eklund). För att nå detta resultat åberopade domstolarna varumärkeslagens stadgande i 4 § 1) att ordmärken endast fick registreras, om de utgjorde en särkilt uppfunnen benämning, som ej avsåg att ange varans ursprung, beskaffenhet, bestämmelse, mycken eller pris. I detta stadgande, som egentligen avsåg att hindra registrering av deskriptiva varumärken, intolkade HD sålunda ett skydd för inarberade, icke registrerade märken och kunde därigenom nå ett materiellt tillfredsställande resultat.[118]

Det inarbetningsskydd, som sålunda införts genom rättsbildning i praxis, befästes lagstiftningsvägen några år senare. Genom en lagändring 1934 föranledd av Sveriges tillträde till Pariskonventionens Haagtext, infördes ett skydd mot obehörig registrering av inarbetade varumärken för varor av samma eller liknande slag expressis verbis i varumärkeslagen såsom 4 § 6).[119]

HD fick snart härefter anledning att i målet NJA 1939 s. 389 (NIR 1939 s. 117) rörande varumärket *Ex-Lax* pröva frågan om en vidare utbyggnad av skyddet för utländska varumärken mot obehörig registrering och användning i Sverige.

> Det amerikanska företaget Ex-Lax Inc. med dotterbolag i England, Ex-Lax Ltd. sålde i dessa länder och även på andra marknader i stor skala ett laxerings-

117 Förslag till varumärkeslag s. 52 ff., Heiding, Varumärken s. 20 f., om det internationella rättsläget bl.a. Bernitz, Marknadsrätt s. 432 f., 437 f. (fransk rätt), 439 ff. (tysk rätt), 457 f., 462 (angloamerikansk rätt).

118 Om fallet Eberstein i Årsskrift utgiven av Svenska föreningen för industriellt rättsskydd 1930 s. 55 ff.

119 Härom Prop. 1934:4 s. 40 ff.

medel under varumärket Ex-Lax. Märket var registrerat i ett flertal länder men ej i Sverige. Ett svenskt bolag utan förbindelse med Ex-Lax-bolaget lät registrera märket Ex-Lax i Sverige och sälja motsvarande preparat under märket på den svenska marknaden. Det svenska bolaget plagierade också Ex-Lax-bolagets förpackning och annonserade bl.a.: »I fjol såldes i USA 46 miljoner askar Ex-Lax, i England 18 miljoner askar Ex-Lax». Ex-Lax-bolaget reagerade snabbt och stämde det svenska bolaget inom ett halvår efter registreringen med yrkande om dennas upphävande enär det svenska bolaget saknat rätt att använda Ex-Lax-bolagets firma som varumärke och beteckningen Ex-Lax som varumärke i Sverige. Härvid åberopades bl.a. den också i Skidfrämjandetmålet aktuella 4 § 2) i 1884 års varumärkeslag, enligt vilken ett varumärke ej fick registreras om däri »obehörigen intagits annat namn eller annan firma än sökandens...» Ex-Lax-bolagets talan, som stöddes av utlåtanden av Eberstein och Holmbäck, vann enhälligt bifall i underrätterna under åberopande av det nyssnämnda stadgandet. I HD tappade dock Ex-Lax-bolaget målet med minsta möjliga majoritet. Medan minoriteten (JustR:n Afzelius, Alsén och Petré) ville fastställa underrätternas dom uttalade majoriteten (JustR:n Stenberg, Forssman, Bellinder och Gyllenswärd) att varumärkesregistreringen i Sverige inte kunde anses ha skett Ex-Lax-bolaget till förfång, enär detta »icke vid tiden för varumärkets registrering vidtagit någon som helst åtgärd för att utsträcka sin verksamhet till Sverige».

HD-domen i Ex-Lax-målet visar, att trenden i praxis mot förstärkt rättsskydd inte varit entydig och att förda rättegångar kunnat vara mycket svårförutsebara.[120] Utgången i målet ter sig högst diskutabel och det är svårt att se, varför inte ett skydd för Ex-Lax-bolagets firma kunde inrymmas under 4 § 2) varumärkeslagen mot bakgrunden av den tolkningsoperation som gjordes i målet om Tenax och Tengor och vad man nu vet om hur HD sju år senare i Skidfrämjandetmålet ansåg sig kunna medvetet omtolka samma stadgande. Det svenska bolagets sätt att utnyttja ett världsmärke som ännu ej nått Sverige var dock uppenbart illojalt. Målet belyser, liksom bl.a. det i 3.3.3 berörda fallet om Järnhandelns katalogsystem, de svårigheter som i vissa fall uppkommit i Sverige till följd av avsaknaden av en generalklausul mot otillbörlig konkurrens. En sådan borde nämligen ha kunnat tillämpas i Ex-Lax-fallet, inte minst med hänsyn till uppläggningen av det svenska bolagets marknadsföring.[121]

120 Om målet Eberstein i NIR 1954 s. 6, 25 f., Ljungman i Festskrift till Eberstein s. 149, jfr det äldre rättsfallet NJA 1925 s. 340 (Salamander).

121 Marknadsföringen skulle i dagens läge otvivelaktigt kunnat angripas enligt generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § marknadsföringslagen.

I 1960 års varumärkeslag har inarbetningsskyddet byggts ut kraftigt. Ensamrätten till varumärke har utsträckts till att omfatta alla inarbetade men oregistrerade varumärken och andra särskilda varukännetecken (2 §). Ett visst skydd ges härutöver för kännetecken som endast är ibruktagna men ej inarbetade. Sådant kännetecken får ej registreras som varumärke för annan, som har vetskap om märkets tidigare användning (14 § 7 mom.). I förarbetena framhålls att registreringshindret också gäller i förhållande till kännetecken, som bara begagnas utomlands men varom sökanden har vetskap, alltså ondtrosfall.[122] Man kan här tala om en »lex Ex-Lax».

3.7.3 Varumärkesrättens territoriella begränsning

Ett annat grundläggande problem är räckvidden av huvudprincipen om varumärkesrättens territoriella begränsning. I likhet med övriga immaterialrättigheter är varumärkesrätten i allmänhet begränsad till den egna statens territorium, vilket medför att skilda näringsidkare i olika länder kan ha samma märke registrerat för sig för samma varor.[123] Fallen om Tenax och Tengor och Ex-Lax belyser detta. Ex-Lax-bolaget torde ha gjort sig skyldigt till varumärkesintrång om det låtit exportera sina Ex-Lax-förpackningar till Sverige, sedan det svenska bolaget registrerat märket här. Ett svårbedömt problem, som fått ökad aktualitet på senare år genom den ekonomiska integrationen, uppkommer emellertid om samma eller varandra närstående företag innehar rätten till ett varumärke både i ett eller flera andra länder och i Sverige. Är det då tillåtet för en utomstående att köpa varan lagligen märkt på den allmänna marknaden utomlands och importera denna till Sverige för försäljning utan varumärkeshavarens samtycke (*parallellimport*)? HD hade i två uppmärksammade mål under 1960-talet att ta ställning till detta problem. I det förra fallet, angående märket Prestige, NJA 1960 s. 457 (NIR 1961 s. 88) gjordes intressanta uttalanden om tillämpade lagtolkningsprinciper. Det senare fallet (Polycolor) belyser särskilt vilken betydelse HD tillägger förarbetsuttalanden.

Den svenske köpmannen Samson hade som ett led i sin verksamhet såsom handlande i grammofonskivebranschen av en grossist i USA köpt där

122 Förslag till varumärkeslag s. 288 f.

123 Ang. bedömningen av parallellimport inom immaterialrätten i övrigt, se bl.a. Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. passim med vidare hänv., Koktvedgaard-Levin, Lärobok: immaterialrätt, 1992, passim se även t.ex. Bernitz, Internationell marknadsrätt, 2 uppl. 1990 s. 161 ff. med hänv. Polycolormålet behandlas även i 7.3 nedan.

lagligen märkta grammofonskivor av märket *Prestige*, tillverkade av Prestige Records Corp. Dessa hade han importerat till Sverige och sålt här utan medgivande av den svenske innehavaren av märket Prestige, Metronome Records AB, som var Prestigebolagets generalagent i Sverige. I anledning härav väcktes allmänt åtal mot Samson, varjämte Metronomebolaget förde skadeståndstalan. Huvudfrågan i målet gällde tolkningen av en passus i 12 § i 1884 års varumärkeslag, som stadgade straff för den som i utövning av näringsverksamhet införde varor till riket, vilka honom veterligen var »olagligen märkta».

Samson fälldes till ansvar av rådhusrättens majoritet men frikändes i hovrätten. HD:s majoritet (JustR:n Karlgren, Tammelin, Digman, referent, och Petrén) fann att importen var olaglig och dömde Samson till 20 dagsböter samt förpliktade honom att utge skadestånd. I domsmotiveringen anfördes bl.a.:

> »Stadgandet bör så förstås, att avgörande för nämnda påföljders inträde är, huruvida genom införseln åsidosatts den uteslutande rätt till varumärkes begagnande som tillkommer annan jämlikt den svenska varumärkesrättens regler. Intrång i rätt till varumärke, som registrerats i Sverige, får i allmänhet anses föreligga i fall, då varor som i annat land försetts med sådant märke hit införas utan varumärkeshavarens medgivande, även om märkningen icke strider mot lagstiftningen i det land där den skett.»

Majoriteten gick inte in på frågan om den med reservationen »i allmänhet» åsyftade det tänkta fallet att Prestigebolaget innehade varumärkesrätten både i USA och i Sverige men förklarade, att Metronomebolagets ställning som generalagent för Prestigebolaget inte hindrade Metronomebolaget att mot Samson göra gällande sin varumärkesrätt i Sverige.[124]

JustR Walin var skiljaktig och avgav ett långt votum, där han utvecklade sin syn på varumärkesrättens funktion och vissa andra grundläggande varumärkesrättsliga principer. Walin slog fast, att Prestigebolaget ej hade kunnat hindra Samsons import om det självt innehaft rätten till märket Prestige i Sverige. Metronomebolaget borde inte anses äga större rätt att hindra importen, eftersom detta bolag inte kunde »anses innehava rätten till varumärket annorlunda än som representant för Prestigebolaget». Av särskilt intresse är att Walin inledningsvis uttryckligen angav de riktlinjer, efter vilka han ansåg stadgandet borde tolkas:

124 Utgången i målet stod i överensstämmelse med det äldre fallet NJA 1931 s. 169 (Mosetig Battist).

»Den mindre tillfredsställande avfattningen av 12 § varumärkeslagen kan icke få leda till en så egendomlig slutsats som att från straffbudens tillämplighetsområde skulle undantagas alla fall, då själva märkningen skett lovligen i det land där åtgärden ägde rum. Stadgandets väsentliga funktion är att ange det materiella innehållet hos varumärkesrätten, och den omständigheten att överträdelse är belagd med straff får ej leda till en tolkning, som gör intrång i den rätt som följer av varumärkesrättsliga principer; även med beaktande av den allmänna återhållsamhet som bör iakttagas vid bestämmande av ett straffbuds omfattning måste det därför anses uteslutet att inskränka verkan av nämnda lagrum så starkt som nyss nämnts. Å andra sidan är viss försiktighet påkallad vid fastställande av varumärkesrättens materiella innehåll, så att tillämpningen ej går utöver vad som ur varumärkesrättsliga synpunkter må anses säkert grundat.»

Uttalandet torde delvis böra ses mot bakgrunden av ett yttrande av en dissident i rådhusrätten, assessorn Sterner. Denne, som också velat frikänna Samson, hade yttrat, att stadgandet enligt sin lydelse endast avsåg fall, där märkningen av varorna skett utan tillstånd av varumärkeshavaren eller eljest »obehörigen» och att någon utvidgande tolkning därav inte borde äga rum med hänsyn till att det var fråga om ett straffstadgande. Walin har uppenbarligen tagit avstånd från en sådan uppfattning och menat att stadgandet, trots sin utformning som ett straffbud, i realiteten måste ses som en materiell, civilrättslig bestämmelse om ensamrättens innebörd och räckvidd. Ett sådant avståndstagande framträder än mer markant i majoritetens domsmotivering. Majoriteten förefaller ha betraktat stadgandet som en ren sanktionsbestämmelse att tillämpas sedan man genom en tolkningsoperation, som torde ha inbegripit mer allmänna överväganden om varumärkesrättens innebörd, bestämt innehållet i »den svenska varumärkesrättens regler».

Vid tiden för HD:s dom i målet hade arbetet på den *nya varumärkeslagen* nått propositionsstadiet. I den nya lagen har importskyddet inte åstadkommits på straffrättslig väg utan konstruerats som en integrerande del av ensamrätten till varumärket, som nu innefattar ett förbud mot att annan i näringsverksamhet inför vara försedd med ett förväxlingsbart kännetecken till riket (4 § första stycket). Under förarbetena uppmärksammades emellertid av remissinstanserna, sannolikt under intryck av det pågående Prestigemålet, att hinder mot parallellimport kunde leda till konkurrensbegränsande marknadsdelning och försvåra prispressande importkonkurrens. Departementschefen uttalade i anledning härav i propositionen, att det följde »av allmänna varumärkesrättsliga grundsatser» att parallellimport inte utgjorde varumärkesintrång, om samma företag hade varumärket

registrerat både i exportlandet och i Sverige. Motsvarande borde gälla när den som var varumärkeshavare i Sverige innehade registreringen »på fabrikantens vägnar. I regel torde detta vara händelsen beträffande generalagent».[125] Departementschefen frångick härigenom utan att ändra den föreslagna lagtexten varumärkesutredningens klara uttalande, att ett utländskt företags generalagent, som fått varumärket registrerat för sig i Sverige, skulle kunna göra gällande sin varumärkesrätt mot parallellimportörer.[126]

Departementschefsuttalandet om generalagents varumärkesrättsliga ställning är väl ägnat att belysa förarbetenas betydelse för HD:s rättstillämpning. Uttalandet torde nämligen ha spelat stor roll för utgången i det senare parallellimportmålet om märket Polycolor, NJA 1967 s. 458 (NIR 1968 s. 404).

I detta fall åtalades direktören Charasz, som i stor omfattning importerat från Tyskland och i Sverige sålt ett hårfärgningspreparat av märket *Polycolor* och ett preparat för hempermanentning, *Polylock*. Dessa tillverkades av det tyska företaget Therachemie, som hade varumärkena registrerade för sig i Tyskland (Förbundsrepubliken). Therachemie hade från början också innehaft den svenska varumärkesregistreringen men denna hade senare överlåtits till Skandinavisk Henkel AS, som enligt avtal med Therachemie hade tillverknings- och försäljningsrätten för Skandinavien bl.a. för Polycolor- och Polylockpreparaten. Henkelbolaget hade därefter överlåtit ensamförsäljningsrätten i Sverige till en licenstagare, Parfymeri Trading AB.

Charasz fälldes till ansvar i rådhusrätten men frikändes i hovrätten. HD fann enhälligt, men med skiljaktigheter i motiveringen, att Charasz, import var varumärkesrättsligt tillåten.

HD:s majoritet (JustR:n Conradi, Bernhard, Hesser, referent, och Fredlund) gjorde följande inledande *principuttalande om varumärkesrättens räckvidd*:

> »Av allmänna varumärkesrättsliga grundsatser följer, att en fabrikant, som försett sina varor med sitt varumärke och fört ut dem på marknaden, ej kan hindra att varorna vid vidareförsäljning inom landet tillhandahålles under det av fabrikanten åsatta märket. Detsamma får anses vara fallet även när varan införes och

125 Prop. 1960:167 s. 66 f. (remissvaren), 71 (departementschefen), se även s. 35 ff. och första lagutskottet 1960:39 s. 34 (instämmande). Se vidare Uggla i NIR 1960 s. 251 f., Bernitz i NIR 1965 s. 63 f.

126 Förslag till varumärkeslag s. 240.

vidareförsäljes i annat land, där fabrikanten åtnjuter skydd för sitt varumärke, i allt fall om varan till sin beskaffenhet överensstämmer med de varor som i detta land tillhandahålles under varumärket. I enlighet med vad som uttalats under förarbetena till varumärkeslagen bör i fråga om registrerat varumärke motsvarande gälla även när annan än fabrikanten registrerat varumärket i importlandet och kan sägas inneha registreringen såsom representant för fabrikanten eller eljest på dennes vägnar. Detsamma bör gälla även när varumärkeshavaren på grund av koncernförhållande eller eljest intar en helt osjälvständig ställning till fabrikanten.»

Majoriteten fann härefter, att Henkelbolaget intog en osjälvständig ställning i förhållande till Therachemie. Båda företagen ingick i Henkelkoncernen och Therachemie utövade en praktiskt taget fullständig kontroll över Henkelbolagets verksamhet. Parfymeri Trading ägde såsom licenstagare inte en mer vittgående rätt till varumärket än upplåtaren.

Domens innebörd, jämfört med Prestigemålet, belyses av domsmotiveringen av dissidenten, JustR Regner. Denna åberopade i ett kort votum uttryckligen HD-majoritetens motivering i Prestigefallet och stödde ett motsatt slut i förevarande mål därpå att Henkelbolaget intog en så osjälvständig ställning i förhållande till Therachemie, att det fick anses »som om den svenska registreringen alltjämt gällde för Therachemie». Regners uppfattning torde ha varit, att man borde i aktuellt hänseende göra skillnad mellan helt osjälvständiga varumärkeshavare som Henkelbolaget och fristående generalagenter som Metronome. Genom denna metod att »distinguish the case» skulle utgången i Polycolormålet vara förenlig med HD-domen i Prestigemålet.

Detsamma kan däremot inte sägas vara fallet med majoritetens domsmotivering. Det citerade principuttalandet synes i huvudsak inbegripa också generalagenter (»representant för fabrikanten eller eljest på dennes vägnar») och väl därmed även Metronome i det föregående fallet. Det upplystes nämligen i Prestigemålet, att rätten till märket Prestige i Sverige stod till Prestigebolagets förfogande, om Metronomes agentur skulle upphöra. HD-majoriteten torde därför, under uttrycklig hänvisning till departementschefsuttalandet och i nära anslutning till uttryckssättet i detta, i vissa avseenden ha frångått domstolens tidigare bedömning i Prestigemålet. Att en ny varumärkeslag trätt i kraft under mellantiden får anses ha haft en väsentligen formell betydelse; både den äldre och nya lagtexten var förenlig med båda uppfattningarna och den nya lagtexten innefattade i och för sig inte något nytt. Domsmotiveringen förefaller ge uttryck för en be-

tydande *förarbetsbundenhet.*

Starka sakliga skäl talar dock för den ståndpunkt HD nådde fram till. Såsom framgick av ett av Charasz i HD åberopat omfattande rättsjämförande utlåtande av den tyske varumärkesrättsexperten professor F.-K. Beier hade den internationella utvecklingen under 1960-talet gått mot en uppmjukning av varumärkesrättens territoriella begränsning. Varumärkesskyddet, vars huvuduppgift är att tillhandahålla ett individualiseringsmedel, har i allmänhet inte ansetts böra tjäna som rättstekniskt instrument för en konkurrens- och integrationshämmande marknadsdelning på internationellt plan.[127] Man torde våga utgå från att denna komparativa aspekt tilllagts betydelse för HD:s bedömning. HD klarlade också hur man varumärkesrättsligt bör bedöma en här inte berörd sidofråga, nämligen Charasz' förfarande att förse av honom själv färdigställda bruksanvisningar med märkena Polycolor och Polylock.[128]

Polycolor-domen står sig fortfarande och har hitintills väl överensstämt med den internationella trenden mot ökad rörlighet och minskade hinder i internationell handel.[129] Parallellimportfrågan är idag central särskilt i EG-rätten, vilket ger ett för Sverige nytt perspektiv.[130]

3.8 HD:s betydelse för immaterialrättens utveckling

Praxisanalysen i det föregående har särskilt syftat till att belysa HD:s rättsskapande roll inom immaterialrätten och förhållandet mellan lagstiftning och rättsutveckling genom praxis. Undersökningen har dock bara avsett att söka ge ett grepp om huvudtendenserna och materialknapphet och andra omständigheter gör en betydande försiktighet i slutsatserna påkallad. Som sagts tidigare har undersökningen väsentligen begränsats till att avse

127 Se vidare Beier bl.a. i GRUR Int. 1968 s. 8 ff. med hänv., M. Levin, Noveller i varumärkesrätt, 1990 s. 105 ff.

128 Polycolormålet har med särskild inriktning på denna aspekt, gränserna för tillåtet åberopande av annans varumärke, behandlats av Bernitz i NIR 1981 s. 46 ff. Härom föreligger numera även fallet NJA 1988 s. 543 (NIR 1989 s. 233), Levi's Jeans.

129 Se bl.a. L. Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt, 1981 s. 310 ff., dens., EG och immaterialrätten, 1985, dens. i TfR 1989 s. 506 ff. Bernitz, Internationell marknadsrätt, 2 uppl. 1990 s. 9.

130 Se 7.3 nedan och Koktvedgaard-Levin, Lärobok i immaterialrätt s. 305 ff.

spörsmål som gällt ensamrätternas räckvidd.

Det står klart att man i de behandlade HD-domarna inte kan påvisa någon enhetlig, klart formulerad principuppfattning i lagtolknings- och andra rättstillämpningsfrågor. Skiftande tendenser möter i domsmotiveringarna, som ju för övrigt till sin rättstekniska uppbyggnad företer en växlande bild över tiden. Vad som främst träder i förgrunden vid en samlad analys är dock spänningen mellan bunden och fri tolkningsstil eller, uttryckt mer konkret, i vilken utsträckning och av vilka skäl strävandena att bygga ut rättsskyddet genom rättsbildning i praxis vunnit HD:s stöd. Vid en bedömning av denna fråga synes det lämpligt att också behandla spörsmålet om en straffrättslig legalitetsprincip tillämpats eller bör tillämpas vid bestämning av ensamrätternas räckvidd.

Sanktionssystemet är inte enhetligt utformat inom immaterialrätten och det föreligger delvis avsevärda skiljaktigheter i påföljderna för intrång de olika ensamrätterna emellan. De huvudsakliga sanktionsformerna är straff, skadestånd och förbud.[131]

Straff såsom sanktion förekommer sedan gammalt inom huvuddelen av immaterialrätten vid fall av uppsåtligt intrång, enligt 1960 års upphovsrätts- och fotografilagar också vid grov oaktsamhet. Överhuvud har straffsanktionen den strängaste utformningen inom upphovsrätten. Inom namnrätten saknas dock straffsanktion och så var före tillkomsten av 1974 års firmalag också fallet inom firmarätten.

Skadestånd förekommer såsom sanktion inom hela immaterialrättens område och skadeståndsansvaret vid intrång går i subjektivt hänseende överlag längre än straffansvaret.

Förbud såsom sanktion har intill nyligen bara förekommit inom firma- och namnrätten, trots att det som en rättsinnehavare, som utsatts för intrång, i regel i första hand vill uppnå är ett stopp för fortsatt intrång. Skälet härtill är att man följt den allmänna princip i svensk rätt, att vite ej får föreläggas då straff är utsatt, som tidigare slagits fast i 13:8 andra stycket RB. Detta har kommit till klart uttryck i Bönan Lyx-målet (se 3.5.3), förarbetena till varumärkeslagen[132] och ett ganska färskt upphovsrättsligt fall (NJA 1982 s. 633, Marelco). Vid nya firmalagens tillkomst bröt emellertid lagstiftaren med denna stela och orationella doktrin. Straffsanktion infördes i firmalagen samtidigt som förbudssanktionen bibehölls. För att und-

131 Se vidare Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 193 ff.

132 Prop. 1960:177, se vidare prop. 1944:176 s. 51 (äldre patenträttslig syn) och Firmaskydd (SOU 1967:35) s. 276 med not 2. Se vidare Lavin, Viteslagen, 1989 s. 81 ff.

vika dubbel sanktion infördes efter mönster från marknadsföringslagen regeln att den som överträtt vitesförbud inte får dömas till straff för samma handling (18 § 3 st. FL).[133] Motsvarande princip har år 1986 också införts i patentlagen (57 § 1 st. PatL)[134] och det borde bara vara en tidsfråga innan förbudssanktionen införs även i upphovsrätten, mönsterrätten och varumärkesrätten. En sådan lagändring är starkt motiverad.

Frågan om en *straffrättslig legalitetsprincip* bör tillämpas inom immaterialrätten har direkt eller implicit kommit upp i åtskilliga av de rättsfall som berörts i det föregående. Ser man till upphovsrätten har en sådan princip klart förordats i två dissenser; justitierådet Forssmans votum i radiohögtalarmålet 1933 och hovrättsrådet Victors votum i industrimusikmålet 1958. Mellan målen finns dock den skillnaden att medan HD-majoriteten gick på en annan, friare tolkningslinje i 1933 års fall, som var ett brottmål, tillämpade majoriteten i 1958 års fall – ett tvistemål – en bunden tolkningsstil och antydde i sin motivering ett straffrättsligt färgat legalitetsresonemang. I det senare fallet åberopade dock två dissidenter i HD stadgandets grunder till stöd för motsatt slut.

I de övriga upphovsrättsliga fall som berörts har emellertid någon legalitetsprincip inte åberopats. Belysande är härvid särskilt kedjan av avgöran den på brukskonstens område, där en sådan princip inte hävdats i några domsmotiveringar, trots att det i samtliga fall utom målet om Luxusspegeln varit fråga om brottmål. Fastmer synes HD:s bedömning av dessa fall, liksom brottmålet om Järnhandelns katalogsystem, uttrycka en strävan att i tveksamma fall tillgodose uppkomna skyddsbehov. Avgörandet om Svensk bokkatalog med dess starka prägel av in casu-bedömning fick visserligen en annan utgång, men inget i HD:s domsmotivering tyder på att man tillämpat en straffrättslig legalitetsprincip.

Av de kännetecknensrättsliga fallen är Prestigemålet av särskilt intresse. Både HD:s majoritet och dissidenten, justitierådet Walin, synes i detta mål ha tagit klart avstånd från tillämpning av en straffrättslig legalitetsprincip, något som hade förordats av en dissident i rådhusrätten. Fallet är av särskilt intresse eftersom det gällde tolkning av ett lagbud, som var direkt formulerat som ett straffstadgande. I det senare Polycolormålet, som avsåg en likartad rättsfråga, finner man inga resonemang grundade på legalitetsprincipen i domsmotiveringarna. Ser man till HD:s övriga avgöranden framträder i allmänhet, liksom i de upphovsrättsliga fallen, en ten-

133 Prop. 1974:4 s. 188 f.
134 Prop. 1985/86 s. 40 f.

dens till utbyggt rättsskydd. Som ett tydligt exempel härpå kan särskilt nämnas fallet om A-Bilskolan (se 3.5.3), där HD biföll en förbudstalan under åberopande av grunderna för ett straffstadgande, 9 § IKL. Hänsyn till den straffrättsliga legalitetsprincipen torde dock ha spelat in, när HD i den nyskapande Skidfrämjandetdomen utformade sanktioner för ideell förenings namnskydd (se 3.6.1).

Materialet synes berättiga till *slutsatsen*, att huvudlinjen i HD:s praxis är att inte tillämpa en straffrättsligt färgad legalitetsprincip vid avgörande av ensamrätternas räckvidd. Särskilt intressant är att man ej kan utskilja någon olikhet från legalitetssynpunkt i bedömningen av de immaterialrättsfall som handlagts såsom brottmål och de som utgjort tvistemål. Även när straffrättslig ansvarstalan förts förefaller HD:s överväganden primärt ha varit inriktade på att bestämma den ifrågavarande privaträttighetens räckvidd, medan sanktionen väsentligen setts som en följdfråga. Justitierådet Walins resonemang i Prestigemålet är härvid belysande. Ljungman karakteriserade rättsläget väl när han år 1958 uttalade, att straffsanktionen inom immaterialrätten stundom får ses »mera som en nominell markering av handlingsfrihetens gränser än som en i egentlig mening infamerande påföljd».[135]

Slutpunkten i diskussionen har sannolikt satts genom HD:s markanta uttalanden i de färska demonstrationsmusik- och sjukhusmusikmålen (se 3.3.4), särskilt det senare, till förmån för en tolkning baserad på det grundläggande skyddssyftet att främja upphovsmännens intressen. För egen del ansluter jag mig till det synsätt som segrat i HD:s praxis. Immaterialrättigheterna bör i första hand ses som privaträttigheter och vid intrång spelar straffsanktionen i regel en andraplansroll, framför allt på det industriella rättsskyddets område. Straffsanktionen har alltmer kommit att få sin huvudsakliga betydelse som medel att komma åt särskilt grova och flagranta intrång, bl.a. försäljning av s.k. counterfeit products.

Härefter övergår jag till den mer allmänna frågan om HD, såvitt framgår av det behandlade materialet, väsentligen tillämpat en bunden eller en fri lagtolkningsstil. Såsom exempel på en *bunden lagtolkningsstil*, som lett till en restriktiv syn på ensamrättens omfattning, framstår majoritetsdomen i det i 3.3.4 behandlade industrimusikmålet, där restriktiviteten inte bara stöddes på de redan berörda straffrättsliga legalitetsresonemangen utan också – och framför allt – på krav på förutsebarhet och avvägning i förhållande till lagstiftarens uppgifter. Andra majoritetsdomar som i viss

135 Ljungman i SvJT 1958 s. 165.

mån uttrycker en liknande grundsyn, ehuru utan klargörande motiveringar, förefaller vara avgörandena i slutet på 1930-talet i målen om Malmö byggmästarförening och Ex-Lax. Det är i dessa fall, liksom i industrimusikmålet, fråga om avgöranden som avkunnats under stark dissens och som rättsutvecklingen numera gått förbi. Minoritetsvota, där domare nått fram till en restriktiv bestämning av ensamrättens omfattning med stöd av en bunden tolkningsstil, har däremot ofta förekommit. Materialet är dock för knappt för att det i allmänhet skall vara möjligt att få en uppfattning om hur olika justitieråd brukat ställa sig. Det kan dock nämnas att justitierådet Forssman under 1930-talet med stor konsekvens förordade tolkningar som ledde till restriktiv bestämning av ensamrättens räckvidd.[136]

Det är emellertid uppenbart att HD:s majoritet i flertalet fall inte tillämpat en bunden utan en *fri lagtolkningsstil*, som lett till extensiv bestämning av ensamrätternas räckvidd och kan ses som ett uttryck för en benägenhet att söka föra rättsutvecklingen vidare genom självständiga ställningstaganden i praxis. Denna fria rättstillämpning har som framgått varit särskilt påtaglig inom firmarätten. Huvudtendensen har varit densamma inom andra delar av kännetecknsrätten, såsom bl.a. domarna i målen om Skidfrämjandet samt Tenax och Tengor visat. Inom upphovsrätten framträder på liknande sätt kedjan av HD-avgöranden på brukskonstens område som betydelsefulla exempel på rättsutveckling genom praxis. En tolkningsstil som kan betecknas såsom fri får också sägas ha tillämpats vid ställningstagandet till Järnhandelns katalogsystem och av majoriteten i radiohögtalarfallet 1933. Utgången i industrimusikmålet 1958 framstår som en parentes mot bakgrund av de färska STIM-mål om hotellmusik, demonstrationsmusik och sjukhusmusik som behandlats i 3.3.4.

Såsom framgått har den immaterialrättsliga lagstiftningen i vårt land inte supplerats med en generalklausul mot otillbörlig konkurrens eller allmänna skadeståndsrättsliga principer. Den rättsutveckling som skett har väsentligen ägt rum inom ensamrättslagarnas formella ram, något som väcker intressanta frågan om och på vad sätt HD kunnat åberopa *lagstöd*

136 Uttalandet bygger på Forssmans ovan berörda vota i NJA 1932 s. 639 (nyttomönster), 1933 s. 639 (radiohögtalare, där han som nämnts förordade en straffrättslig legalitetsprincip i ett principuttalande), 1935 s. 712 (stålrörsstolar), 1938 s. 232 (Malmö byggmästarförening), 1939 s. 389 (Ex-Lax), 1939 s. 592 (bokutlåning). Bland de justitieråd som under denna tid verkade i »immaterialrättsvänlig» riktning märks Nils Alexanderson och von Seth. Dessa båda var bl.a. dissidenter i målet om stålrörsstolarna och tillhörde den enhälliga HD i målet om Tenax och Tengor, se även von Seths votum i NJA 1931 s. 82 (Tattersall), berört ovan i 3.5.2 not 78.

för sin »fria» tillämpning. Härvid har det faktiska läget växlat och olika metoder tillgripits. I brukskonstmålen och fallet om Järnhandelns katalogsystem, där huvudfrågan var att bestämma kravet på verkshöjd, sattes spörsmålet om formellt lagstöd knappast på sin spets.[137] I fallen om Tenax och Tengor[138] samt Skidfrämjandet uppnådde HD det materiellt önskvärda resultatet genom en medveten omtolkning av stadganden i varumärkeslagen. I Skidfrämjandetfallet uttalade HD-majoriteten härom uttryckligen, att den gjort en sådan omtolkning »i överensstämmelse med ordalagen och gällande rättsuppfattning».[139] I andra fall åter har »grunderna» för ett stadgande åberopats. Exempel härpå utgör avgörandena om KF och A-Bilskolan[140] samt även HD-minoritetens dom i industrimusikmålet.

Det svagaste lagstödet har otvivelaktigt förelegat inom namnrätten. HD:s metod i adelsnamnsmålen att motivera rättsskyddet med hänvisningar till gamla privilegieförfattningar med tveksam rättslig innebörd har kritiserats ovan under 3.6.2. I fråga om ideella föreningar har emellertid inte ens ett sådant formellt stöd kunnat åberopas. Antar man, såsom torde vara riktigt, att HD i dag erkänner en förbuds- och skadeståndssanktionerad ensamrätt till inarbetade namn för ideella föreningar och stiftelser, står man inför en nyskapelse i rättspraxis, som visserligen delvis kan stödas på analogier från den övriga känneteckensrätten men som saknar eget lagstöd. Här skulle alltså i svensk rätt faktiskt finnas en i rättspraxis utvecklad typ av ersättningsgill ren förmögenhetsskada utanför kontraktsförhållanden, vilken ej orsakas genom brott och saknar särskilt lagstöd. Såsom utretts i 3.5.2 var före nya firmalagen rättsläget i realiteten ganska likartat inom firmarätten, låt vara att HD här gjorde en något annorlunda rättsteknisk konstruktion med hjälp av förfångsrekvisitet.

Man hör inte sällan påståendet att den svenska högsta instansen jämfört med åtskilliga av sina utländska motsvarigheter, inbegripet danska højesteret och norska høyesterett, i allmänhet skulle vara mer försiktig i sin rättstillämpning och i sin strävan att undvika rättspolitiska ställningstaganden ofta skulle föredra att hålla fast vid status quo och låta lagstiftaren ta initiativet till fortsatt rättsutveckling. Otvivelaktigt kan fall som uttrycker en sådan inställning anföras. Utvecklingen inom immaterialrätten visar emellertid faran av sådana generaliseringar. HD har på detta område

137 Se avsnitt 3.3.3 och 3.3.4.
138 Se avsnitt 3.7.2.
139 Se avsnitt 3.6.1.
140 Se avsnitt 3.5.2 och 3.5.3.

– av allt att döma helt medvetet – fört rättsutvecklingen vidare och därigenom spelat en nyckelroll för immaterialrättens utbyggnad.

Skälen bakom denna utveckling genom praxis har i olika sammanhang antytts i det föregående. Av stor betydelse har säkerligen varit, att de gällande svenska immaterialrättslagarna ända fram till 1960-talet framstått som otidsenliga och att lagstiftningsarbetet länge legat nere eller mött svårigheter. Samtidigt har tillkomsten av ny teknik, nya marknadsföringsmetoder, ny syn på formgivning och andra förändringar i samhället givit upphov till nya krav på rättsskydd, som det legat i linje med de allmänna värderingarna bakom immaterialrätten att tillgodose. Annorlunda uttryckt har de uteblivna lagstiftningsåtgärderna lett till att rättsbildning genom HD:s praxis i viss mån trätt i stället. Andra orsaker torde emellertid också ha spelat in. Den internationella utvecklingen mot utbyggt rättsskydd torde ha påverkat HD. Doktrinen, främst Eberstein, har spelat en viktig pådrivande roll genom sina skrifter och utlåtanden. Man får slutligen inte glömma en för all rättsutveckling genom praxis avgörande förutsättning som förelegat inom immaterialrätten, nämligen intressenter som funnit det önskvärt att driva fram grundläggande rättsfrågor till avgörande i högsta instans.

Den stora lagstiftningsaktiviteten inom immaterialrätten under 1960- och 1970-talen gör det möjligt att bedöma hur de rättspolitiska bedömningar HD gjort inom ramen för sin prejudikatsbildande verksamhet kommit att stå sig vid förnyade överväganden i större sammanhang under lagstiftningsarbetet. Såsom på olika punkter framgått i det föregående finner man en påtaglig överensstämmelse i grundläggande värderingar och överväganden. De bedömningsprinciper som successivt utvecklats i HD:s praxis – och där utvecklandet av den materiella firmarätten framstår som den främsta insatsen – har i mycket bildat en grundval för den nya lagstiftningen. Som framgått har dock rättsbildningen i praxis inte förmått göra omfattande lagstiftningsåtgärder obehövliga. Den samlade översyn och modernisering av det immaterialrättsliga regelsystemet, som länge framstod som angelägen, har endast kunnat genomföras lagstiftningsvägen.

Det finns sålunda starka skäl att lyckönska Högsta domstolen för dess insatser. Säkerligen ger även dagens immaterialrättslagstiftning åtskilligt utrymme för fortsatta insatser från domstolens sida. Det bör bl.a. framhållas att HD har ett stort ansvar när det gäller att värna och vidareutveckla upphovsrätten. Här saknas helt någon för ämnesområdet ansvarig myndighet att repliera på, något som gör det viktigt att sådana mål släpps fram till prövning i HD. Upphovsrättsliga mål förefaller också i stor utsträckning få prövningstillstånd, medan tyvärr motsatsen i högsta grad gäller för

patenträttens del.

Överhuvud är de grundläggande stadganden i immaterialrättslagarna som normerar vad som är föremål för ensamrätt och ensamrättens omfattning i olika hänseenden i regel allmänt hållna och lämnar medvetet avsevärt utrymme för en utveckling genom rättstillämpningen. Härvid är det naturligt att numera särskilt observera rättsutvecklingen internationellt, främst inom EG och Norden. Det välkända departementschefsuttalandet i motiven till 1 § URL, att rättsutvecklingen i andra jämförbara länder bör beaktas med hänsyn till rättsområdets internationella inriktning, har i själva verket en generell räckvidd för immaterialrättens del.[141]

141 Prop. 1960:17 s. 48.

Kap. 4 Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare – det glömda rättsområdet

4.1 Inledning

Den dynamiska utveckling som marknadsrätten genomgått i Sverige hindrar inte att det finns ett delområde, som hamnat i skymundan och i jämförelse med andra länder ter sig klart försummat, nämligen motverkande av otillbörlig konkurrens riktad mot näringsidkare. Så är fallet trots att detta är den äldsta delen av marknadsrätten (konkurrensrätten) och länge den enda där det fanns lagstiftning, 1931 års lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens.

I dagens läge framstår rättsområdet otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare som outvecklat. Detta gäller vare sig man jämför med våra grannländer, Förbundsrepubliken Tyskland, Frankrike och andra kontinentaleuropeiska länder med motsvarande rättstradition eller den angloamerikanska rättskretsen. Det är diskutabelt om vi fullt ut uppfyller våra konventionsförpliktelser enligt Pariskonventionen om industriellt rättsskydd. Vissa typer av konkurrensåtgärder som det får anses internationellt vedertaget att stämpla som otillbörliga kan i Sverige passera utan anmärkning, och där möjligheter till rättsligt ingripande föreligger kringgärdas dessa av begränsningar av processuell art eller i fråga om sanktionerna. Erfarna utländska jurister visar ibland, sedan de fått det svenska rättsläget klarlagt, reaktioner som tyder på att de finner detta svårförklarligt underutvecklat.

Även bortsett från de internationella aspekterna, som naturligtvis är centrala för ett land som Sverige med intensiva handelsförbindelser, finns det goda skäl varför vi bör ha ett rimligt välutvecklat och i praktiken fun-

gerande rättssystem när det gäller otillbörliga konkurrensåtgärder riktade mot näringsidkare. Otillbörliga konkurrensåtgärder kan träffa seriöst arbetande näringsidkare allvarligt och orsaka dem omfattande ekonomisk skada. Om vissa näringsidkare tämligen opåtalat kan ägna sig åt otillbörliga konkurrensåtgärder, blir lätt allt fler benägna att följa efter. Det är för övrigt inte realistiskt att räkna med att näringsidkare tillämpar ett slags etik i näringsidkarrelationer och ett annat i konsumentrelationer. Uppträder man otillbörligt på det ena området gör man det i regel även på det andra. Som kommer att framgå av det följande har det betydelse också från konsumentsynpunkt att otillbörliga konkurrensåtgärder riktade mot näringsidkare blir påtalade.

Syftet är att i detta kapitel belysa det nuvarande rättsläget och antyda lämpliga utvecklingslinjer. Först tar jag upp vad som, särskilt sett i ett utvecklingsperspektiv, framstår som utgångspunkten, nämligen möjligheterna att enligt allmänna regler få ersättning för konkurrensskador, alltså skador som näringsidkare orsakas i konkurrensförhållanden (4.2). Härefter behandlas avvecklingen av lagen mot illojal konkurrens (4.3), skyddsmöjligheterna enligt marknadsföringslagen och dessas begränsningar (4.4), den särskilda frågan om näringsidkares talerätt (4.5) och praxis i marknadsdomstolen i mål om otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare (avsnitt 4.6 och 5.7). Artikeln avslutas med sammanfattande synpunkter (avsnitt 4.8).

4.2 Bedömningen av konkurrensskador enligt allmänna skadeståndsrättsliga regler

Utomlands har den utomobligatoriska skadeståndsrätten spelat stor roll för framväxten av rättsområdet otillbörlig konkurrens (se närmare 2.2 ovan). Grundläggande har varit utvecklingen i fransk rättspraxis under 1800-talet, där rättsregler om illojal konkurrens (concurrence déloyale) utbildades på grundval av de allmänna reglerna om skadeståndsansvar i art. 1382 och 1383 i Code civil. Också i angloamerikansk rätt har rättsområdet väsentligen utvecklats på skadeståndsrättslig grund, s.k. competitive torts. Främst märks »passing off (one's goods as those of another)», dvs. framkallande av förväxling med annan näringsidkares vara eller kännetecken samt misskreditering av konkurrent och missbruk av företagshemligheter. I Tyskland har rättsutvecklingen väsentligen ägt rum inom ramen för den

breda, ännu gällande generalklausul mot otillbörlig konkurrens som infördes 1909. Den riktar sig mot alla handlingar i konkurrenssyfte, företagna i näringsverksamhet, som strider mot god sed och är sanktionerad med förbud och skadestånd.[1]

Mot denna bakgrund ägnas naturligt nog konkurrensskadorna ofta ett betydande utrymme i utländska framställningar av den utomobligatoriska skadeståndsrätten. I Sverige är situationen en annan. Tyngdpunkten i Jan Hellners förnämliga Skadeståndsrätt ligger starkt, och helt i enlighet med skadeståndslagens inriktning, vid person- och sakskadorna. När det gäller ren förmögenhetsskada är som bekant huvudprincipen i Sverige att ren förmögenhetsskada endast anses skadeståndsgrundande när skadan uppkommit i kontraktsförhållanden eller genom brott (2:4 SkL). På knappt utrymme och betecknande nog under huvudrubriken Skadestånd och straff klargör Jan Hellner principens bakgrund och innebörd, liksom de undantag som kan skönjas.[2] Hellner påpekar att man i Sverige genom kopplingen till straffansvaret gått särskilt långt i fråga om begränsning av skadeståndsansvaret för otillbörliga konkurrensåtgärder.

Det finns en klar historisk koppling mellan straff och skadestånd. I Sverige markerades den lagtekniskt ända fram till brottsbalkens ikraftträdande genom placeringen av de grundläggande reglerna om skadeståndsansvar i 6 kap. strafflagen. Förmodligen har det haft betydelse för rättsutvecklingen – eller snarare bristen på sådan – att Winroth i ett tidigt skede (år 1907) kategoriskt förfäktade att en näringsidkare som utsatts för illojal konkurrens inte hade någon som helst rätt till skadestånd, såvida det inte var fråga om en mot honom riktad straffbar handling. Winroth yttrade härom, i ganska drastiska ordalag:[3]

> Om exempelvis någon, i ostridig afsigt att bringa ruin öfver en konkurrent, säljer varor till underpris, erbjuder icke lagen den senare några skyddsmedel. Förhållandet ändras icke, om falska uppgifter lemnas till att förklara varornas prisbillighet och göra dem ytterligare begärliga för kunder, och ej heller om för ändamålet jemförelse anställes mellan egna priser och konkurrentens eller till sist sjelfva handeln drifves utan laga lof eller anmälan. Först då det tillgripes åtgärd, som ej allenast är förkastlig och obehörig utan alldeles oafsedt sitt skadegörande syfte, är en omedelbart mot vederbörande riktad brottslig handling, uppstår rätt till ersättning, nemligen till den del som samma handling haft skada till följd.

1 Se till det sagda Bernitz, Marknadsrätt, 1969 kap. 7.

2 Hellner, Skadeståndsrätt, 4 upp. 1985 s. 49 ff., se även dens. i SvJT 1969 s. 333 f. (Festskrift till Strahl).

3 Winroth, Om Skadestånd, 2 uppl. 1907 s. 138.

Winroths uppfattning var sedd i komparativt ljus på väg att bli föråldrad redan när den framfördes men kom likväl att bestå i allt väsentligt både obestridd och okommenterad. Eberstein anslöt sig sålunda, i en uppsats så sent som 1951, till Winroth och betecknade hans uttalanden som representativa och alltjämt aktuella.[4] För Karlgren var utgångspunkten densamma, men han hävdade att det i svensk rätt »sannolikt fanns resonans» för att anse utpräglat illojala konkurrenshandlingar skadeståndsgrundande även om de inte var straffbara. Han anknöt här till bedömningen av chikan.[5]

I rättspraxis har huvudregeln att ren förmögenhetsskada bara är skadeståndsgrundande om brottslig handling föreligger dock aldrig tillämpats kategoriskt. I NJA 1947 s. 282 befanns vårdslös medverkan till straffbar förskingring medföra skadeståndsansvar.[6] I NJA 1953 s. 775, Splitkein, fann HD – utan något direkt lagstöd – att en obefogad varning om patentintrång, som föranledde det varnade företaget att lägga om tillverkningen, medförde skadeståndsskyldighet. Detta avgörande torde fortfarande stå sig. Man kan också erinra om erkännandet genom HD:s praxis av en materiell firmarätt i början av 1930-talet genom NJA 1933 s. 558, Savoy, där skadestånd för konkurrensskada utdömdes.[7] Ett förmögenhetsskadefall av annan typ är NJA 1940 s. 508, Rosenbad, där en restauranginnehavare fick skadestånd för avbräck i restaurangrörelsen genom långvariga gatuarbeten. Å andra sidan framgår av NJA 1962 s. 31, Soliditet, där en person fick skadestånd för oriktiga uppgifter i en kreditupplysning, att HD såg uppgifterna såsom straffbar ärekränkning.[8]

Hithörande ansvarsfrågor tillhör inte de mera uppmärksammade i skadeståndslagens förarbeten. Departementschefen framhöll i propositionen till skadeståndslagen att lagregeln i 2:4 SkL (»Den som vållar ren förmögenhetsskada genom brott skall ersätta skadan») inte avsåg att ändra gällande rätt men heller inte utgöra hinder för en rättsutveckling genom praxis i riktning mot ett vidgat ansvar för ren förmögenhetsskada. Lagrå-

4 Eberstein i SvJT 1951 s. 2.

5 Karlgren, Skadeståndsrätt, 1 uppl. 1952 s. 101.

6 Härom Agell i Festskrift till Jan Hellner s. 34 ff.

7 Se bl.a. Eberstein, Om skydd för individualiteten 1940 s. 131. Fallet och dess bakgrund behandlas närmare i 3.5.2 ovan. En skadeståndssanktionerad, icke lagbaserad ensamrätt till ideella föreningars och stiftelsers namn torde senare ha utvecklats på liknande grunder, se 3.6.1 ovan.

8 Numera gäller längre gående regler om skadeståndsskyldighet enligt 21 § kreditupplysningslagen.

det framhöll också att utvecklingen i rättspraxis kan leda till att ren förmögenhetsskada ersätts i ökad utsträckning.[9]

I rättspraxis har de nämnda förarbetsuttalandena hittills haft föga genomslag och man finner inte sällan en benägenhet bland jurister att dra kategoriska e contrario-slut från 2:4 SkL, något som enligt motiven ju inte är avsett. Av särskilt intresse är dock NJA 1976 s. 282, Hem till byn. I detta fall hade ett förlag utnyttjat en bild av skådespelaren Green i annonser och affischer för en veckotidning utan samtycke från Green. Bilden föreställde Green i huvudrollen i en film. HD fann förfarandet tillåtet. Av JustR Knutssons särskilda yttrande framgår att HD övervägt, men avböjt, att genom prejudikat införa ett skadeståndssanktionerat rättsskydd för egen bild. Härvid torde hänsyn till pågående lagstiftningsarbete ha spelat en central roll.[10]

Numera föreligger skadeståndsansvar i den situation, som detta mål avsåg, genom 1978 års lag om namn och bild i reklam. Denna lilla personlighetsrättsliga lag innehåller dock så snäva avgränsningar att den bara delvis tillgodoser skyddsbehoven. Lagen gäller sålunda bara vid marknadsföring och bara vid utnyttjande av annans namn och bild (ej t.ex. livsöde) och ger enligt ett motivuttalande – som dock inte återspeglas i lagtexten – inget skydd mot kommersiell exploatering av avlidna personers namn och bild.[11]

Man kan alltså konstatera att där speciallagstiftning saknas är konkurrensskador i vårt land normalt skadeståndsgrundande endast när de har sin bakgrund i ett kontraktsförhållande eller eventuellt kontraktsliknande förhållande mellan parterna eller har föranletts av ett straffbelagt handlande. Med hänsyn till den straffrättsliga legalitetsprincipen finns i det senare fallet alltid ett lagstöd.[12] Möjligheterna till bifall till en talan som går ut på att domstolarna skall utnyttja sin möjlighet att vidga ansvaret för ren förmögenhetsskada utan lagstöd framstår som högst osäkra.

Det krävs ytterligare för skadeståndsansvar att straffstadgandet har till uppgift att skydda ett intresse som har samband med konkurrentens ska-

9 Prop. 1972:5 s. 157 ff., 568, 628 f. Se även Karlgren, Skadeståndsrätt, 5 uppl. 1972 s. 103 f., 109.

10 Fallet kommenteras av Bengtsson i SvJT 1981 s. 529.

11 Prop. 1978/79:2 s. 57 f.

12 Denna fasta koppling mellan straff och skadestånd är internationellt sett en svensk partikularitet. Enligt den finska skadeståndslagen av 1974 kan ren förmögenhetsskada ersättas utan samband med brottslig handling eller myndighetsutövning »om det i andra fall föreligger synnerligen vägande skäl» (5:1 Fi SkL), se därtill Saxén, Skadeståndsrätt, Åbo 1975 s. 72 ff., dens. i SvJT 1977 s. 152.

da.[13] Härvid torde det dock räcka med att man kan urskilja andra berörda näringsidkares situation som *ett* av de skyddsintressen som ligger bakom en straffsanktionerad regel. Rättsläget har numera ingående behandlats av Kleineman, som riktar skarp kritik mot regeln i 2:4 SkL och bl.a. förordar ett vidgat skadeståndsrättsligt ansvar för konkurrensskador i framtiden.[14]

Intressant i detta sammanhang är den ganska vida syn på vad som utgör skyddat intresse som HD lagt till grund för sitt avgörande i NJA 1982 s. 307, Mäklarbanken. Här förpliktades staten med tillämpning av skadeståndslagens regler om statens ansvar för ren förmögenhetsskada (3:2 SkL) att utge skadestånd p.g.a. att patentverket registrerat aktiebolagsfirman Mäklarbanken trots lagstadgat förbud för andra än banker att använda ordet bank i firma. Skadeståndet, drygt 300 000 kr, tilldömdes det registrerade företaget självt för marknadsföringskostnader som blivit onyttiga sedan KO ingripit mot den nyregistrerade firman p.g.a. att den var vilseledande. Det granskningsarbete som föregår en firmaregistrering befanns alltså inte bara åsyfta att skydda allmänheten och utomstående näringsidkare utan också den registreringssökande. Slarv som drabbar honom själv ligger alltså inom ramen för de skyddsintressen som tillgodoses skadeståndsrättsligt. Staten gjorde inte gällande i målet att den registreringssökande skulle ha varit medvållande genom att inte själv tillräckligt undersöka de legala registreringsförutsättningarna.[15]

Utomlands spelar förbudstalan en viktig roll inom marknadsrätten. I Sverige har förbud numera tagits upp som central sanktion i marknadsföringslagen och konkurrenslagen. Däremot har allmän domstol inte utnyttjat sig av förbud vid vite som eventuell möjlig sanktion i situationer där ett handlande inte ansetts vara skadeståndsgrundande.[16] Den gränsdragning mellan tillåtet och otillåtet som skett inom skadeståndsrätten torde ha uppfattats som styrande.

13 Hellner, Skadeståndsrätt, 4 uppl. s. 56 f. När näringsidkare överträder straffsanktionerade etableringsrättsliga regler om krav på tillstånd eller liknande för bedrivande av viss näringsverksamhet, torde konkurrenter normalt inte anses ha ett dylikt intresse. Detta ligger i linje med att de inte brukar anses som målsägande vid en straffrättslig bedömning, Heuman, Målsägande, 1973 s. 378 ff.

14 Kleineman, Ren förmögenhetsskada 1987, bl.a. s. 285 f.

15 Om fallet Hellner i 25 Jahre Karlsruher Forum. Jubiläumsausgabe 1983 s. 84, se även Rolf Andersson i NIR 1980 s. 145 ff. (SUKAB-fallet).

16 Allmän domstol anses i civila mål utan uttryckligt författningsstöd kunna meddela förbud för svaranden vid vite, jfr tidigare 2:15 och 16:12 UL. Se bl.a. Ekelöf, Rättegång I, 5 uppl. 1977 s. 161 och Företagshemligheter (SOU 1983:52 s. 276 f.)

Sammanfattningsvis kan konstateras att den stelhet som kännetecknat och fortfarande kännetecknar svensk rätt i fråga om möjlighet till ersättning för ren förmögenhetsskada medför att sanktioner mot otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare, bortsett från osäkra specialfall, i praktiken bara förefaller stå till buds när speciallagstiftningen på området anvisar sådana. Det finns dock anledning att beakta Kleinemans kritik.

4.3 Avvecklingen av lagen mot illojal konkurrens

När det gäller lagstiftning mot otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare är utgångspunkten 1931 års lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (IKL).[17] I sin mest utbyggda form (åren 1942–1960) omfattade denna regler mot fyra typer av otillbörliga förfaranden, nämligen

1) illojal reklam och obehöriga gåvoerbjudanden (1–2 §§ IKL),
2) missbruk av yrkeshemligheter och anförtrodda tekniska förebilder (3–5 §§ IKL),
3) bestickning och tagande av muta i näringsverksamhet (6–8 §§ IKL) och
4) illojal användning av annan näringsidkares kännetecken eller av titlar på upphovsrättsligt skyddade verk (9 § IKL).

Däremot kom lagen – till skillnad från motsvarande lagar i bl.a. våra grannländer – aldrig att innehålla någon generalklausul riktad mot konkurrensåtgärder som strider mot god affärssed.

Karaktären av lagstiftning mot illojal konkurrens markerades av uttryckliga lagregler om talerätt för konkurrenter och i fråga om reklam- och bestickningsstadgandena också för näringslivssammanslutningar i allmänhet (11 § IKL). Av dessa regler framgick klart att konkurrenternas skyddsintressen var skadeståndsrättsligt sanktionerade. Lagens bestämmelser var också straffsanktionerade. I enlighet med den ovan behandlade svenska traditionen sträckte sig skadeståndsansvaret inte längre än straffansvaret. I ett prejudikat fastslog HD med tillämpning av en allmän rättsprincip att förbudssanktion ej stod till buds, eftersom bestämmelserna var straffsanktionerade och lagbestämmelse om möjlighet till förbud saknades (NJA

17 Se bl.a. Levin, Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens (lagkommentar, 1944), Eberstein i SvJT 1951 s. 1 ff., Tengelin i NIR 1957 s. 137 ff. och NIR 1959 s. 93 ff.

1948 s. 642, Bönan Lyx).[18]

Den svenska IKL fick aldrig särskilt stor faktisk betydelse. Antalet rättsfall förblev begränsat under lagens hela giltighetstid, även i lägre instanser. En grundläggande orsak har säkert varit att lagen – som byggde på lagförarbeten från 1910-talet – var skriven i en kasuistisk lagstil, fylld av inskränkande rekvisit som gjorde den svårtillämpad. En annan orsak torde ha varit åklagarnas i allmänhet ringa aktivitet. Huvudintresset kom i stället att knyta sig till självsanerande verksamhet inom näringslivets egna led, främst Näringslivets Opinionsnämnd (NOp), verksam 1957–1971. NOp, som tog upp ärenden efter anmälan, utarbetade välmotiverade yttranden om olika marknadsföringsåtgärders förenlighet med god affärssed med utnyttjande i första hand av Internationella Handelskammarens Grundregler för Reklam som normkälla.[19] Verksamheten blev efter hand alltmer inriktad på att tillgodose konsumentskyddskrav på tillbörlig marknadsföring.

Under 1960-talet bedrevs ett ambitiöst nordiskt samarbete i syfte att modernisera och harmonisera lagarna mot illojal konkurrens. Resultatet blev i Sverige 1966 års förslag till lag om otillbörlig konkurrens.[20] Förslaget hade samma lagtekniska struktur som IKL men innefattade en betydande utvidgning och modernisering av regelsystemet. I materiellt hänseende beaktade förslaget ganska väl konsumentskyddssynpunkter, men i organisatoriskt avseende föreslogs inga större ändringar och man förutsatte att det faktiska huvudansvaret för normtillämpningen skulle ligga kvar hos NOp. Lagreglerna om marknadsföring var närmast avsedda som påtryckningsmedel för fall där självregleringssystemet inte fungerade. Den konsumentskyddsvåg som nådde Sverige vid 1960-talets slut medförde att lagförslaget aldrig genomfördes. I stället tog man inom justitiedepartementet under Lidboms ledning upp ett av riktprisutredningen 1966 framlagt, mera skissartat, förslag om inrättande av en konsumentombudsman (KO).[21] Resultatet blev 1970 års marknadsföringslag (MFL), där konsumentskyddet mycket markant ställdes i centrum och administrationen av reglerna i

18 Närmare om fallet Bönan Lyx och 9 § IKL, 3.5.3 ovan.

19 Se bl.a. Tengelin i NIR 1970 s. 111 ff. NOp har för åren 1957 t.o.m. 1960 utgivit årsböckerna Otillbörlig konkurrens och god affärssed (ej fortsatta). NOp:s 1960-talspraxis redovisas i urval i Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring (lagkommentar, 1970).

20 Otillbörlig konkurrens (SOU 1966:71). Om de nordiska förslagen se bl.a. von Eyben i NIR 1966 s. 184 ff.

21 Prissamverkan och konkurrens (SOU 1966:48) s. 122 ff.

huvudsak anförtroddes specialorganen KO och marknadsdomstolen (i initialskedet benämnt marknadsrådet). I sak innebar detta framför allt att normövervakningen och normtillämpningen på marknadsföringsområdet förstatligades och samtidigt väsentligt intensifierades. Näringslivets organisationer valde i detta läge att helt avveckla NOp (1971).[22]

Vid införandet av MFL lämnades helt enkelt de delar av IKL som inte rörde marknadsföring oförändrade. Huvudskälet härtill var i realiteten att hithörande frågor, som främst ansågs röra näringsidkares inbördes konkurrensrelationer, gavs låg prioritet från lagstiftarens sida. Under de år som gått har IKL avvecklats stegvis. 9 § IKL om illojal användning av kännetecken upphävdes såsom obehövlig i samband med införandet av firmalagen 1974. (Stadgandet hade delvis upphävts redan 1960 i anslutning till införandet av varumärkeslagen och titelskyddsregeln i 50 § upphovsrättslagen). Bestickningsreglerna i 6–8 §§ IKL upphävdes 1977 i samband med att nya, för offentlig och enskild verksamhet gemensamma, och klart längre gående regler om ansvar för bestickning och tagande av muta infördes i brottsbalken (17:7 och 20:2 BrB). Härvid upphävdes även den speciella regeln om talerätt för andra näringsidkare och näringslivsorganisationer (11 § 3 p IKL). Uppenbarligen har emellertid de nya brottsbalksreglerna från de äldre reglerna i IKL övertagit syftet att skydda konkurrenter mot otillbörliga konkurrensåtgärder av bestickningskaraktär. Konkurrenter kan alltså föra skadeståndstalan med åberopande av brottsbalksreglerna mot näringsidkare som använder korruptiva metoder i sin marknadsföring.

Slutligen har den »restlag» mot illojal konkurrens som behandlade missbruk av yrkeshemligheter och anförtrodda tekniska förebilder upphävts 1990 och ersatts av en ny lag om skydd för företagshemligheter.[23] Den nya lagen är av stort marknadsrättsligt intresse och tar nya grepp när det gäller både materiella regler och sanktioner. Sålunda har de materiella reglerna blivit utbyggda och mera direkt inriktade mot åtgärder från konkurrenters sida som innefattar förtroendemissbruk eller andra otillbörliga handlingar för att komma åt företagshemligheter.

Tidigare utmärktes det svenska rättsläget av en långtgående och i komparativt ljus svårförståelig tolerans mot bl.a. sådant som missbruk av infordrade anbudshandlingar, missbruk av information som givits i förtroen-

22 Om denna utveckling se bl.a. Bernitz i NIR 1971 s. 252 ff.

23 Se betänkandet Företagshemligheter (SOU 1983:52) prop. 1987/88:155, 1989/90: LU 37, Fahlbeck, Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet 1992. Lagen behandlas i 8.6 nedan.

de under affärsförhandlingar som inte lett till avslut och missbruk av konfidentiella uppgifter, som agenter eller andra samarbetsparter fått del av inom ramen för affärsförhållanden. De nya greppen på sanktionssidan är lika intressanta. Förbud har blivit huvudsanktionen, skadeståndsreglerna givits en självständig utformning och straffsanktionens räckvidd begränsats väsentligt.

Anmärkningsvärt är att den avveckling av IKL, som nu fullbordats, skett utan att regeringen eller riksdagen vid något tillfälle redovisat ett samlat ställningstagande till lagstiftningssystematiken på den otillbörliga konkurrensens område. Lagstiftningsärendet angående skydd för företagshemligheter har sålunda väsentligen hanterats såsom ett självständigt och från otillbörlig konkurrens i övrigt frikopplat lagstiftningsprojekt. Detta kontrasterar mot situationen i de andra nordiska länderna. I Norge och Danmark har utvecklingen blivit den att den äldre lagstiftningen mot illojal konkurrens överförts tämligen oförändrad till de nya marknadsföringslagarna (av 1972 resp. 1974). I Finland har en särskild lag av 1978 om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet införts vid sidan av kapitlet om marknadsföring i konsumentskyddslagen från samma år. En sådan lagteknik leder dock lätt till missuppfattningen att otillbörlig marknadsföring riktad mot näringsidkare skulle avse andra situationer och bedömas enligt andra rättsliga principer än otillbörlig marknadsföring mot konsumenter.[24]

4.4 Skyddet näringsidkare emellan enligt marknadsföringslagen

Den lag, som numera i första hand har att täcka behovet av rättsskydd mot otillbörlig konkurrens näringsidkare emellan, är *marknadsföringslagen* (MFL).[25] Problemet är att denna primärt är en konsumentskyddslag. Detta har blivit än starkare markerat genom lagens utbyggnad 1975 med regler om informationsskyldighet och produktsäkerhet, som enbart gäller i kon-

24 Detta har jag utvecklat i inlägget Konsumenträtt och konkurrensrätt – några tankar kring det finländska förslaget till konsumentskyddslag,Defensor Legis 1977 s. 213 ff. i anslutning till en diskussion i denna tidskrift mellan Tiili och Kivivuori. Se även slutet av avsnitt 4.4 nedan.

25 För information om marknadsföringslagen och dess tillämpning hänvisas generellt till Bernitz, Svensk marknadsrätt, och där givna hänv.

sumentrelationer, och genom den samtidiga sammanslagningen av KO och konsumentverket och tillkomsten av riktlinjesystemet.

Emellertid står det klart att marknadsföringslagen – som dess 1 § uttryckligen utsäger – har dubbla skyddssyften, nämligen att främja konsumenternas intressen och att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot näringsidkare. I lagtexten kommer det senare skyddssyftet främst till uttryck i generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring, lagens 2 §. Enligt denna kan förbud meddelas om en näringsidkare vid marknadsföring företar reklamåtgärd eller annan handling som genom att strida mot god affärssed eller på annat sätt är otillbörlig mot en annan näringsidkare. Det behöver inte vara fråga om en konkurrent och ej heller uppställs något krav på konkurrenssyfte eller liknande, eftersom generalklausulen är inriktad på en bedömning av objektivt konstaterbara handlingar.

Den centrala sanktionen i marknadsföringslagen är *förbud*. Ett förbud skall förenas med vite om så inte av särskilda skäl är obehövligt (5 § MFL). Bl.a. genom denna omläggning från straff och skadestånd till förbud som huvudsanktion har marknadsföringslagen brutit ny mark i rättstekniskt hänseende. En sådan omläggning hade starkt förordats av utredningen om illojal konkurrens, som skrev i sitt betänkande 1966 att Sverige veterligen var det enda land inom den västerländska kulturkretsen som inte begagnade förbud såsom sanktion inom konkurrensrätten.[26] Sedan steget väl tagits har förbudssanktionen så till den grad vunnit den svenske lagstiftarens bevågenhet att den via hänvisning till marknadsföringslagen också knutits till specifika regler i konsumentkreditlagen, konsumentförsäkringslagen och alkohol- och tobaksreklamlagarna som i och för sig mycket väl hade kunnat vara straffsanktionerade. Förbud har också införts som sanktion i avtalsvillkorslagen och som huvudsanktion i konkurrenslagen.

Konkurrerande näringsidkares möjligheter att få *skadestånd* på grundval av marknadsföringslagen är däremot begränsade till fall där en näringsidkare brutit mot ett redan meddelat förbud eller förbudsföreläggande eller en straffbar handling föreligger (19 § MFL). Det förstnämnda fallet har hittills knappast aktualiserats i praktiken.

Av större intresse är däremot att skadeståndsansvar knyter sig till överträdelse av 6 § MFL. Där stadgas straffansvar för »näringsidkare som vid marknadsföring av vara, tjänst eller annan nyttighet uppsåtligen använder vilseledande framställning, vilken avser hans egen eller annans näringsverksamhet och är ägnad att påverka efterfrågan på nyttigheten». 6 § MFL

26 SOU 1966:71 s. 287.

har hittills haft ringa självständig betydelse och åtal har varit ytterst sällsynta.[27] Stadgandet har emellertid en ganska vidsträckt räckvidd. Enligt förarbetena avser »framställning» varje form genom vilken man meddelar sig med andra (skrift, bild, tal m.m.).[28] Härunder faller t.ex. vilseledande uttalanden om eller jämförelser med konkurrentprodukter eller användande av kännetecken, dekorer m.m. som vilseleder om en varas kommersiella eller geografiska ursprung. Det krävs dock, även för skadestånd, att framställningen skall ha använts uppsåtligen. Denna begränsning ter sig i och för sig diskutabel som förutsättning för skadeståndsskyldighet. Enligt allmänna regler räcker det emellertid för att uppsåt skall föreligga att vederbörande haft vetskap om de relevanta omständigheterna och förstått att framställningen var vilseledande. Uppsåtskravet synes därför inte utgöra någon särskilt långtgående begränsning av stadgandets räckvidd. När det gäller fortgående marknadsföringsåtgärder bör man dock ge skadelidande konkurrenter rådet att snarast möjligt påtala framställningen, gärna genom varningsskrivelse.

Möjligheterna att föra skadeståndstalan i allmän domstol på grundval av 6 § MFL är alltså ganska betydande men de har hittills knappast alls utnyttjats; något som också är ett uttryck för »det glömda rättsområdet».[29] Äldre rättspraxis rörande illojal reklam (1 § IKL) visar att HD tillerkänt konkurrenter ett efter skälighet uppskattat skadestånd utan att några särskilda krav på utredning om skadans art eller omfattning synes ha ställts (NJA 1940 s. 145, Centrum radio, NJA 1941 s. 580, Svensk uppslagsbok). I sistnämnda fall, där Svensk uppslagsbok fälldes för sina gratisutdelningsmetoder, tillerkändes Nordisk familjebok skadestånd med 10.000 kr. Tillkomsten av marknadsföringslagen har i detta hänseende knappast ändrat rättsläget. Numera finns dessutom den särskilda bevislättnadsregeln i 35:5 RB.

Också vid överträdelse av de straffsanktionerade förbuden mot vissa kombinationserbjudanden har konkurrerande näringsidkare rätt till ersättning för uppkommen skada (19 § 1 st. MFL). Eftersom straffstadgandena bara avser erbjudanden till konsument är det värt att konstatera, att

27 Näringsidkare, som vänder sig till samma presumtiva kundkrets, torde vara målsägande, Heuman, Målsägande, 1973 s. 375.

28 Prop. 1970:57 s. 93 f., Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring, 1970 s. 276 f.

29 Det finns ett hovrättsavgörande ang. vilseledande uppgifter i en annons som återgav en varurecension där talan ogillades på tryckfrihetsrättslig grund, SvJT 1978 rf. s. 37 = NIR 1978 s. 136, tidningen Vi.

ett tillräckligt skyddsintresse för konkurrenter ansetts föreligga.[30]

Bakom marknadsföringslagen, särskilt generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL, ligger som supplerande normkälla 1883 års *Pariskonvention* för industriellt rättsskydd (Stockholmstexten av 1967, se närmare 2.3 ovan). Den har undertryckande av illojal konkurrens som föremål (art. 1) och tillförsäkrar utländska näringsidkare samma rättsskydd som inländska (nationell behandling, art. 2). Varje land är pliktigt att tillförsäkra ett verksamt skydd mot illojal konkurrens (art. 10 bis p. 1). Härvid föreskrivs att »varje konkurrenshandling, som strider mot god affärssed, utgör en handling av illojal konkurrens» (art. 10 bis p. 2). Innebörden av denna allmänna regel är dock oklar. Härutöver innehåller Pariskonventionen preciserade, konkreta regler om förbud mot konkurrenshandlingar som framkallar förväxling, är ägnade att misskreditera eller vilseleder allmänheten om varors beskaffenhet m.m. (art. 10 bis p. 3). Generalklausulen i 2 § MFL bör, i enlighet med normalt tillämpade tolkningsprinciper, ges en fördragskonform tolkning så att den innefattar skydd mot här angivna konkurrensåtgärder. Detsamma gäller i förhållande till konventionens regler om oriktiga geografiska och kommersiella ursprungsangivelser i art. 10.[31]

Generalklausulen har intill nyligen enligt förarbetsuttalanden innefattat en begränsning som ter sig högst dubiös mot bakgrund av Pariskonventionen. Med »*marknadsföring*» har nämligen enligt motiven avsetts åt-

30 Att konkurrentintressen i icke ringa mån ligger bakom förbuden mot kombinationserbjudanden, fastän dessa är utformade som ett rent konsumentskydd berörs i 9.2.3 nedan.

31 Om här berörda regler bl.a. Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 468 ff. med hänv. Nu föreligger MD 1983:22, St Louis Light. Pariskonventionens regler om illojal konkurrens var aktuella i samband med den 1982 av riksdagen beslutade men efter regeringsskiftet samma år åter upphävda överflyttningen av konsumentverket/KO:s befogenheter enligt marknadsföringslagen på bank- och försäkringsområdet till bankinspektionen resp. försäkringsinspektionen. I propositionen framhöll departementschefen att framlagda utredningsförslag om en administrativ handläggningsordning hos inspektionerna med besvärsrätt till regeringen var föga förenliga med Pariskonventionen och förordade i stället att resp. inspektion fick föra talan i marknadsdomstolen, se prop. 1981/82:180 s. 126. Enligt min mening stred utredningsförslagen mot både den grundläggande konventionsregeln att en näringsidkare – inhemsk som utländsk – skall ha möjlighet att själv påkalla rättsligt skydd mot otillbörlig konkurrens (art. 10 bis) och konventionens särskilda regel om att konkurrenter och näringslivsorganisationer skall ha tillgång till talerätt och rättsmedel (art. 10 ter). Det ter sig inte osannolikt att man i kommittéarbetet, som var starkt inriktat på frågan vem eller vilka som skulle administrera de samhälleliga konsumentskyddsåtgärderna på bank- och försäkringsområdet, helt enkelt hade förbisett Pariskonventionen; återigen ett exempel på »det glömda rättsområdet».

gärder som syftar till att främja avsättning av varor eller tjänster, dvs. åtgärder riktade »framåt» mot återförsäljare eller konsumenter. Åtgärder riktade »bakåt» mot bl.a. leverantörer och kreditgivare har med denna tolkning fallit utanför lagen, t.ex. annonser och andra framställningar som används i inköps- och annan anskaffningsverksamhet.[32] Marknadsdomstolen har i ett avgörande utgått från förarbetenas avgränsning (MD 1982:11, Örebro Läns Sparbank angående inlåningserbjudanden, vilka dock befanns omfattade av 2 § MFL). Som motivering för avgränsningen anförde departementschefen bl.a. att det inte förelåg något praktiskt konsumentbehov av en vidare regel. Denna motivering ter sig emellertid inte hållbar.

Antag exempelvis att ett svenskt företag i annonsering här i landet riktad till representanter för utländska leverantörer gör sig skyldigt till klart otillbörliga konkurrensåtgärder (dessa kan t.ex. innefatta förväxling eller misskreditering). Att i ett dylikt läge vägra leverantörerna rättsskydd under hänvisning till den i förarbetena angivna begränsningen av marknadsföringslagen ter sig inte förenligt med Pariskonventionen. Enligt min mening borde i ett sådant läge en domstol låta intresset av fördragskonform tolkning ta över förarbetenas tolkningsrekommendation. Också sett utifrån ett rent inhemskt perspektiv ter sig emellertid den angivna begränsningen svårförståelig. Något rimligt skäl till varför det skulle vara fritt fram för otillbörliga marknadsföringsåtgärder i inköps- och annan anskaffningsverksamhet låter sig knappast framletas. Nyligen har dock rättsläget ändrats, närmast för att helt säkerställa att generalklausulens räckvidd uppfyller de krav som följer av EG:s direktiv om vilseledande reklam. Generalklausulen är fr.o.m. 1993 även tillämplig på marknadsföringsåtgärder som företas vid efterfrågan på vara, tjänst eller annan nyttighet.[33]

Bedömningen av otillbörlig konkurrens i anskaffningsverksamhet är på sitt sätt symtomatisk. När det gäller otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare råder det en påtaglig diskrepans mellan lagtext och motiv. Enligt lagtexten kan förbud riktas mot alla slag av handlingar, som en näringsidkare företar vid marknadsföring och som genom att strida mot god affärssed eller på annat sätt är otillbörliga mot näringsidkare (2 § MFL). Bortsett från den berörda begränsningen av begreppet marknadsföring ligger denna generalklausul lydelsemässigt nära Pariskonventionens art. 10 bis p.

32 Prop. 1970:57 s. 64 f., Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 69 f.

33 SOU 1992:49, EES-anpassning av marknadsföringslagstiftningen s. 40 ff. prop. 1992/93:110 s. 7 ff., 31 (lagrådet).

2 enligt vilken »varje konkurrenshandling, som strider mot god affärssed, utgör en handling av illojal konkurrens». Ser man på vad motiven har att säga om bedömningen av konkurrensåtgärder som är otillbörliga mot näringsidkare framträder emellertid en annan bild än vad en naturlig läsning av lagtexten ger vid handen. Motiven är snäva i sina uttalanden om näringsidkares möjligheter att påkalla ingripande mot otillbörliga åtgärder och betonar gång efter annan att bedömningen främst bör ske från konsumentsynpunkt. Såsom exempel kan nämnas motivuttalanden angående jämförelser i reklam, vilseledande om kommersiellt ursprung och renommésnyltning.[34]

Förarbetena har visat sig utöva mycket stort inflytande på marknadsdomstolens rättstillämpning. De åberopas uttryckligen i praktiskt taget varje beslut av betydelse och domstolen har visat föga benägenhet att gå ifrån dessa uttalanden. Ibland får man intrycket att domstolen mera sökt uttolka vad motiven kan innebära än att göra en egen bedömning på grundval av lagtexten. Vartefter tiden går, domstolens praxis växer och förarbetsuttalandena åldras bör man dock kunna räkna med att domstolen frigör sig från tendensen till låsning vid, ofta helt kortfattade, motivuttalanden i specifika frågor.

Till marknadsdomstolens försvar skall dock sägas att otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare under hela 1970-talet var »det glömda rättsområdet». Antalet fall som kommit under bedömning har varit litet. Området har överhuvud legat helt i skuggan av vidareutvecklingen av det renodlade konsumentskyddet på marknadsföringsområdet, där den konsumentpolitiska diskussionen varit livlig och konsumentverket/KO hela tiden tagit nya initiativ. Uppgiften att bereda näringsidkare ett skydd mot otillbörliga konkurrensåtgärder har nog ofta uppfattats som sekundär, måhända även av ledamöter av marknadsdomstolen.

I och för sig är det obestridligen så att konsumenternas skyddsintressen numera väger tyngst på marknadsföringens område. Men detta är inget skäl att skjuta åt sidan näringsidkarnas intresse av skydd, vare sig det är fråga om skydd för en viss näringsidkare mot otillbörliga åtgärder eller skydd för näringsidkare som kollektiv, t.ex. mot negativa säljmetoder eller vilseledande reklam som riktas till senare led inom näringslivet. Överhuvud framstår det som förfelat att dra några skarpa gränser mellan konsument- och näringsidkarintressen. Ofta är samma marknadsföringsåtgärd på en gång otillbörlig mot båda kategorierna. Man kan knappast påvisa några ty-

34 Prop. 1970:57 s. 70, 72, 75, 90.

per av åtgärder, som brukar bedömas såsom otillbörliga från näringsidkarsynpunkt, vilka skulle vara fördelaktiga från konsumentsynpunkt.[35] Såtillvida löper intressena i regel parallellt. I förarbetena har t.o.m. uttalats att konsument- och näringsidkarintressena i allmänhet sammanfaller när det gäller frågan om vilka etiska krav som skall ställas på reklam och marknadsföring.[36] Detta uttalande ter sig dock väl tillspetsat. Många av de informationskrav eller särskilda restriktioner, som numera gäller för att tillgodose konsumentintresset, går längre än vad som följer av en sådan gemensam etik.

I sammanhanget kan påpekas att en äldre tradition inom detaljhandeln att stämpla en del former av aktiv priskonkurrens såsom otillbörliga tillhör ett i huvudsak passerat stadium. Frågor som rör bojkotter, diskriminering, underprisförsäljning och liknande hänförs i svensk rätt sedan länge till konkurrensbegränsningsrätten. I själva verket finns det ett nära samspel mellan de regler som syftar till att hålla konkurrensen obunden resp. tillbörlig. Det är ju inte alla former av konkurrens som det är angeläget att främja, utan vissa är inte ens önskvärda. Vad som eftersträvas vid tillämpningen av konkurrensbegränsningslagstiftningen är prestationskonkurrens, inte minst priskonkurrens. Att ingripande sker mot konkurrensåtgärder som innefattar vilseledande, misskreditering, förväxling, renommésnyltning och liknande står därför i samklang med konkurrenslagens syften.[37] Samordningsproblem kan dock uppkomma. Sålunda kan rigida regler om tillåtligheten av prisjämförelser eller rabatterbjudanden verka negativt från priskonkurrenssynpunkt. Marknadsdomstolen har här med sitt ansvar för båda rättsområdena en betydelsefull samordningsuppgift.[38]

35 Detta är resultatet av en av Virpi Tiili utförd undersökning av frågan, byggd på finländsk praxis, se NIR 1977 s. 130 ff.

36 SOU 1966:71 s. 47, prop. 1970:57 s. 64.

37 Härom bl.a. Ny konkurrensbegränsningslag (SOU 1978:9) s. 201 ff. och Bernitz, Konkurrens och priser i Norden, 1971 s. 56 ff., se även SOU 1966:71 s. 48.

38 I domstolens praxis märks bl.a. MD 1982:14, Lasses Färg- & Tapetaffär, där KO:s yrkande om begränsning av möjligheten att göra jämförelser med cirkapris befanns alltför långtgående från priskonkurrenssynpunkt. Se vidare bl.a. prop. 1970:57 s. 56, 64, Koritz i NIR 1974 s. 26 ff., Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt, 1981 s. 411 ff.

4.5 Näringsidkares talerätt enligt marknadsföringslagen

En viktig förklaring till att näringsidkares skydd mot otillbörliga konkurrensåtgärder kommit så starkt i skymundan är säkerligen att söka i utformningen av marknadsföringslagens *talerättsregler*. Det är ju välbekant från andra rättsområden att utformningen av processuella regler, t.ex. angående talerätt, många gånger verkar styrande på de materiella.[39]

Näringsidkare saknar i dagens läge en egen, självständig talerätt. Enligt marknadsföringslagen måste alla ärenden som rör generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring först handläggas av KO. Endast om KO beslutar i ett visst fall att inte göra ansökan hos marknadsdomstolen, har näringsidkare som berörs av handlingen möjlighet att föra talan i domstolen, alltså en subsidiär talerätt (10 § MFL). En motsvarande subsidiär talerätt har sammanslutningar av näringsidkare, konsumenter eller löntagare, oavsett om de berörs av handlingen. Åtal för överträdelse av det straffsanktionerade stadgandet om förbud mot användning av uppsåtligt vilseledande framställning vid marknadsföring får endast väckas efter anmälan eller medgivande av KO (17 § 2 st. MFL). Detta gäller även när en vilseledande framställning direkt riktar sig mot en konkurrerande näringsidkare. Denne har dock möjlighet att efter egen bedömning föra skadeståndstalan i allmän domstol (19 § MFL). Reglerna om förbud mot vissa former av kombinerade utbud i 7 och 8 §§ MFL har samma processuella utformning.

Det har alltifrån lagens tillkomst rått en viss oklarhet om KO:s roll i fråga om marknadsföringsåtgärder som primärt får anses otillbörliga mot näringsidkare. Spörsmålet har varit om KO skall fungera såsom ombudsman för hela lagområdet, låt vara med speciell inriktning på konsumentskyddet, eller om KO skall enbart sakbehandla sådana ärenden som direkt rör konsumenternas skyddsintressen. Utformningen av marknadsföringslagens talerättsregler måste anses ge vid handen att lagstiftaren tänkt sig det förstnämnda. Frågan är, anmärkningsvärt nog, inte alls behandlad i de i övrigt relativt fylliga förarbetena till 1970 års marknadsföringslag. Lagstiftaren måste dock ha varit medveten om problematiken. Enligt min uppfattning är det hänsyn till KO:s roll och arbetsuppgifter som i realiteten till stor del har legat bakom de förarbetsuttalanden, vilka söker snäva in de möjligheter till näringsidkarskydd mot otillbörlig konkurrens som lagtexten i och för sig ger utrymme för.

39 Grundläggande härom Lindblom, Processhinder, 1974, bl.a. kap. 7.

Det framstår som olyckligt att KO:s ställning inte klargjordes bättre från början. Det är knappast en naturlig uppgift för en konsumentombudsman, som företräder det allmännas intressen, att föra talan i fall, som väsentligen rör otillbörliga konkurrensåtgärder riktade mot enskilda näringsidkare. Sådana ärenden passar bäst att prövas såsom mål mellan civila parter med de möjligheter till förlikning och andra uppgörelser som då föreligger. Situationen kan för övrigt bli den som förelåg i MD 1980:1, Terrafigo ./. Linden Alimak, nämligen att svaranden genstämmer käranden. I detta fall, som gällde jämförelser mellan dräner, fälldes båda parter för vilseledande marknadsföring i vissa hänseenden. Bakom näringslivsorganisationernas beslut 1971 att helt och hållet avveckla verksamheten inom NOp, också till den del den avsåg otillbörliga konkurrensåtgärder i näringsidkarrelationer, torde dock ha legat uppfattningen att KO åtminstone i viss mån skulle komma att fungera som ombudsman även för allmänna näringslivsintressen.

KO blev emellertid redan från starten överhopad av anmälningar från konsumenthåll och bestämde tidigt, att verksamheten skulle inriktas på de rena konsumentskyddsfrågorna. Man kan konstatera att KO under de år som förflutit aldrig fört ett fall som väsentligen gällt en enskild näringsidkares konkurrensintressen till marknadsdomstolen för prövning. KO har emellertid haft problem med att anföra en hållbar motivering för sina avskrivningar av sådana ärenden. Särskilt i KO:s äldre praxis kan man finna exempel på fall där tämligen krystade motiveringar anförts till stöd för ståndpunkten att en viss typ av åtgärd inte skulle strida mot marknadsföringslagen.[40] Numera stöder sig KO på den särskilda regeln i 17 § instruktionen för konsumentverket (1990:1179), att anmälningar får lämnas utan åtgärd, om det är av ringa betydelse med hänsyn till konsumentintresset att saken prövas. Tidigare har instruktionen inte lika tydligt pekat på konsumentintresset utan har talat om »ringa betydelse från allmän synpunkt».

I själva verket har KO:s praxis genomgått en förskjutning över tiden, där sammanslagningen av KO och konsumentverket 1976 markerar en vändpunkt. Dessförinnnan ingrep KO inte sällan i fall där otillbörliga marknadsföringsåtgärder riktade sig mot ett kollektiv av näringsidkare, t.ex. vilseledande uppgifter i annonser riktade till en kommersiell publik,

40 Detta diskuteras i 5.3.2 nedan bl.a. med utgångspunkt från KO:s avskrivningsbeslut i MD 1974:5, Blomin. KO fäste där särskild vikt vid att den vara, som såldes i en efterbildad, klart förväxlingsbar förpackning, inte visats vara underlägsen originalet från kvalitetssynpunkt.

eller där det fanns särskilda beröringspunkter med allmänintressen eller konsumentintressen.

Bland de fall som KO fört till marknadsdomstolen kan nämnas MD 1975:13, Östgöta-byggen. Fallet gällde vilseledande uppgifter i en reklambroschyr som användes vid marknadsföring av mark för industriella byggnadsändamål. Ett annat exempel är MD 1974:12, Exynol Miljö. I detta fall angavs felaktigt att ett kallavfettningsmedel, som bara såldes till näringsidkare, var miljövänligt. Här kom allmänintresset tydligt in i bilden. Detsamma kan sägas om MD 1976:18, SparKronan, där denna firma för en fastighetsmäklare befanns vilseleda om anknytning till Stockholms Sparbanks företag Ekkronan och Spareken och felaktigt antyda samband med bankverksamhet. Vidare kan nämnas flera fall som rört negativ avtalsbindning, bl.a. MD 1972:5, Europeisk Export-Kalender. Detta företag skickade fakturor till näringsidkare på obeställda kalendrar och på obeställda införanden i kalendern. KO har även fört ett flertal fall angående marknadsföring av återförsäljarrättigheter till marknadsdomstolen. Mest känt är MD 1973:3, Holiday Magic angående pyramidförsäljning. KO:s kraftfulla ingripande i detta fall avsåg en rad olika marknadsföringsmetoder, bl.a. vilseleddes de många små återförsäljare som ingick i systemet angående förtjänstmöjligheter m.m. Marknadsdomstolen fann att återförsäljarna hade »en med konsumenter jämförlig ställning».

Under tiden efter 1976 har avskrivningspraxis hos konsumentverket/KO skärpts väsentligt under trycket av nedskurna resurser. Numera torde anmälningar om otillbörlig marknadsföring, som uppfattas väsentligen beröra näringsidkarintressen, avskrivas så gott som undantagslöst, normalt efter en summarisk handläggning. Beklagligtvis har detta kommit att gälla också grovt otillbörliga marknadsföringsmetoder riktade mot ett kollektiv av näringsidkare, såsom systematiskt bedriven negativ säljmetod i syfte att få näringsidkare att betala för obeställda varor eller annonser.[41] En negativ aspekt av denna avskrivningspraxis är också att mindre seriösa näringsidkare – och om sådana är det här ofta fråga – torde uppfatta KO:s avskrivningsbeslut såsom »grönt ljus» att fortsätta verksamheten, även om det i beslutet tydligt markeras att förfarandet i och för sig strider mot marknadsföringslagen.

Den subsidiära talerätten i marknadsdomstolen i fall som KO skrivit av

41 Zelmin, Negativ säljmetod, Skrifter utg. av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet 1982 nr. 19 s. 18 f.

utnyttjades länge i ganska liten utsträckning.[42] Under tioårsperioden 1971–80 sakprövade marknadsdomstolen endast 13 sådana ärenden, alltså bara i genomsnitt 1,3 fall per år. Numera är relationerna annorlunda. Antalet fall där näringsidkare för talan enligt generalklausulen har blivit minst lika många som de fall där KO för talan. År 1992 förde KO sådan talan i 10 fall och näringsidkare i 14 sakprövade fall.

De fall, där marknadsdomstolen meddelat förbud sedan en näringsidkare utnyttjat sin subsidiära talerätt, har ofta också berört konsumentintressen, t.ex. förväxlingsbara förpackningar. Ett ovanligt tydligt exempel är MD 1981:14, Buitoni, där på talan av konkurrent en näringsidkare förbjöds att marknadsföra spaghetti till konsument i en förpackning med vilseledande storlek.[43] Det är av värde också från allmän synpunkt att konkurrenterna aktivt övervakar varandra.

En lagändring föreslogs av riktlinjekommittén 1983. Enligt denna skulle ansökan om förbud enligt 2 § MFL få göras direkt i marknadsdomstolen av en näringsidkare som berörs av handlingen. KO skulle alltid beredas tillfälle att yttra sig över sådana ansökningar och därigenom få möjlighet att ingripa för egen del när han så finner befogat. Den föreslagna ändringen framstod som starkt motiverad. Riktlinjekommitténs förslag fick starkt stöd under remissbehandlingen men blev likväl avvisad av dåvarande departementschef med en ganska oklar motivering som tog fasta på att det på området inte finns någon klar gräns mellan konsumentintressen och näringsidkarintressen. Åtgärder vidtogs dock för en smidigare avskrivningspraxis hos KO.[44] Nuvarande ordning, där KO ensam har direkt talerätt men samtidigt inte anser sig böra behandla ärenden där näringsidkare framstår som skyddsobjektet, ter sig enligt min mening inte försvarbar.[45]

42 Ytterligare uppgifter ges i Konsumentpolitiska styrmedel – utvärdering och förslag (SOU 1983:40) s. 205 ff.

43 Fallet är snarlikt MD 1971:8, Tre Kök ang. en för stor korvförpackning, där KO förde talan. Ett annat exempel är MD 1982:9, Stockholms Skrädderiidkareförening ang. s.k. skräddarsydda kostymer från Hongkong.

44 Prop. 1984/85:213 s. 50 ff.

45 Konsumentpolitiska styrmedel – utvärdering och förslag (SOU 1983:40) s. 293. Enligt min mening borde också näringslivsorganisationer av motsvarande skäl ges direkt talerätt enligt 2 § MFL. En sådan ordning skulle f.ö. bäst tillgodose Pariskonventionens regler och ge kongruens med talerättsreglerna i lagen om avtalsvillkor mellan näringsidkare (prop. 1983/84:92).

4.6 Något om marknadsdomstolens praxis

När det gäller av marknadsdomstolen sakprövade mål mellan näringsidkare om otillbörlig marknadsföring (2 § MFL) begränsar jag mig till att fästa uppmärksamheten vid vissa intressanta drag i utvecklingen.

Först skall påpekas att konkurrentintressen är i hög grad involverade i många av de ärenden där KO för talan i marknadsdomstolen. KO brukar dock inför marknadsdomstolen bara åberopa sådana grunder som direkt rör konsumenternas skyddsintressen. I allmänhet hörs läderade konkurrenter inte i domstolen, och yttranden brukar inte inhämtas från berörda näringslivsorganisationer eller andra privata intressegrupper. Det finns heller inte på marknadsföringsmålens område någon motsvarighet till det i konkurrensbegränsningsmål vanliga förfarandet att klaganden deltar på det allmännas sida i rättegången inför marknadsdomstolen, ungefär som en målsägande. Så förekommer regelmässigt bl.a. i ärenden som rör olika former av bojkott, säljvägran eller annan diskriminering. Man får därför i viss mån vara vaksam vid läsning av marknadsdomstolens avgöranden i fall, där KO har fört talan. Marknadsföringen ifråga kan i och för sig ha varit otillbörlig också mot annan näringsidkare utan att denna aspekt varit åberopad och kommit under prövning i målet. Den nu berörda KO-praxis bidrar till att ytterligare öka konsumentintressets dominans i motiveringarna till marknadsdomstolens avgöranden i fall angående otillbörlig marknadsföring.

Såsom konkret exempel på en typ av marknadsföring, som i allmänhet får anses otillbörlig mot konkurrenter utan att detta har kommit till uttryck i marknadsdomstolens avgöranden, kan nämnas marknadsföringsåtgärder som bedöms strida mot generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring därför att de *strider mot regler i annan lag*. Det finns nu en serie avgöranden, där marknadsdomstolen knäsatt principen att marknadsföringsåtgärder, som är lagstridiga enligt speciallagstiftning också är otillbörliga enligt generalklausulen i 2 § MFL. Dessa åtgärder kan därför alternativt bli föremål för handläggning och förbud enligt marknadsföringslagen. Enligt denna lagstridighetsdoktrin betraktas generalklausulen som en överordnad norm som fylls ut och förtydligas genom specialbestämmelser.[46] En konsekvens av detta synsätt måste enligt min mening vara, att man även i Sverige bedömer såsom otillbörligt att en näringsid-

46 Se Bernitz, Svensk marknadsrätt, avsnitt 5.8 och mer ingående Svensson-Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt, 5 uppl. 1992 s. 238 ff.

kare skaffar sig konkurrensfördelar genom att överträda sådana lagregler som konkurrenterna iakttar. Den praktiska betydelsen av detta slags otillbörliga konkurrensåtgärder är särskilt påtaglig på marknader där det råder oligopol, och konkurrensen sålunda i huvudsak utspelas mellan ett fåtal företag som tävlar om marknadsandelarna. Tobaksbranschen är ett exempel.

Ett särskilt problem är att generalklausulen om informationsskyldighet i 3 § MFL bara gäller i konsumentrelationer. I näringsidkarrelationer kan därför marknadsdomstolen inte meddela åläggande att viss information skall lämnas i marknadsföring. Däremot finns det möjlighet för domstolen att göra utformningen av förbud enligt 2 § MFL beroende av att vissa upplysningar lämnas, s.k. villkorade förbud.[47]

Denna skillnad i legala utgångspunkter visar sig bl.a. när man bedömer vilka krav på *reklamidentifiering och sändarangivelse* som marknadsföringslagen ställer på annonser. Enligt förarbetsuttalanden och äldre NOp-yttranden anses det i regel otillbörligt att utforma kommersiell reklam i tidningar och tidskrifter så att den framstår som redaktionellt material. Marknadsdomstolen har emellertid i de fall som föreligger, och där KO varit sökande, enbart uttalat sig om krav på reklamidentifiering och sändarangivelse i konsumentreklam och avgörandena har delvis stött sig på 3 § MFL.[48] Vilka krav som i detta hänseende är att ställa på reklam riktad till näringsidkare har man, såsom beslutsmotiveringarna utformats, däremot gått förbi. Förmodligen ligger gällande i linje med NOp:s tidigare praxis men artikelrubrikens ord om det glömda rättsområdet kommer också här i åtanke.

Ser man på marknadsdomstolens praxis i de ärenden angående otillbörlig marknadsföring, där näringsidkare utnyttjat den subsidiära talerätten, ansluter de fall som gällt *vilseledande om produkt* eller *icke rättvisande jämförelser* i allmänhet nära till liknande fall som avsett konsumentförhållanden. Marknadsdomstolen har framhållit att också en kvalificerad adressatkrets bör kunna ställa rimliga anspråk på vederhäftighet i marknadsföring.[49] Den vid vederhäftighetsbedömningen tillämpade principen om omvänd bevisbörda gäller också för påståenden i marknadsföring riktade till

47 Härom Bernitz i NIR 1973 s. 419 f.

48 I MD 1980:12, Corteco, byggde domsmotiveringen helt på 3 § MFL jämte en hänvisning till 7 § konsumentköplagen. I det senare fallet MD 1983:17, Bennebol, har dock krav på sändarangivelse stötts på 2 § MFL.

49 MD 1980:1, Linden-Alimak. Här synes dock de skarpa uttalandena i MD 1977:8, Kvällstidningen Expressen ha modifierats.

näringsidkare och detta även när påståendena avser annans produkt.[50]

Två typer av otillbörlig konkurrens, som var vanliga i NOp:s praxis, är *misskreditering* och *renommésnyltning*. Det är belysande att marknadsdomstolen först på senare år ställts inför fall av denna art. I MD 1983:8, Datatronic, konstaterade sålunda domstolen att en av Luxor i helsidesannonser publicerad jämförelse mellan mikrodatorer av olika märken inte endast var vilseledande utan att en i annonserna gjord nedvärderande beskrivning av konkurrenterna var i sig otillbörlig enligt 2 § MFL.[51] Av avgörandet MD 1982:12, Atlentec, framgår att domstolen är beredd att bedöma kvalificerad renommésnyltning som otillbörlig marknadsföring, ehuru förutsättningar härför inte befanns föreligga i fallet.[52] Att marknadsdomstolen är beredd att ingripa mot renommésnyltning som form av otillbörlig marknadsföring framgår av de senare avgörandena MD 1987:10, PreGlandin, MD 1988:19, Globen och – framför allt MD 1993:9, Boss. [53]

4.7 Särskilt om efterbildning

Speciellt intresse tilldrar sig problematiken kring olika former av *närgången efterbildning*. Detta är den vanligaste typen av fall där näringsidkare själva för talan i marknadsdomstolen. Här kan bara några huvudlinjer beröras. Ämnet behandlas närmare i de följande kap. 5 och 6. Det är väl etablerat i domstolens praxis att näringsidkare kan förbjudas att marknadsföra varor och tjänster till konsumenter eller kommersiella köpare med utnyttjande av efterbildningar av kännetecken som är ägnade att vilseleda köparna om det kommersiella ursprunget, *vilseledande om kommersiellt ur-*

50 Se t.ex. MD 1980:1, Linden-Alimak och MD 1983:8, Datatronic.

51 Det ligger nära till hands att se avgörandet som en vidareutveckling i förhållande till MD 1977:1, Vivo-Favör. Här prövade marknadsdomstolen Stockholms-Konsums påstående i en mot Vivo-Favör kritisk helsidesannons att det rörde sig om »redarkapitalet som söker sin bärgning på land» enbart ur en vilseledandeaspekt. Praxis har senare vidareutvecklats, se Bernitz, Svensk marknadsrätt, 3 uppl. s. 125.

52 Uppsala tingsrätt har i en lagakraftvunnen dom funnit sloganet »Familjens nya Rolls» för en japansk personbil (Mazda) utgöra varumärkesintrång, rättsfallsreferat i NIR 1981 s. 421. Fallet behandlas i 7.5 nedan.

53 Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 176, Svensson-Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt, 5 uppl. s. 169 ff.

sprung.[54] Vilseledandet ligger här i risken för förväxling med andra näringsidkares vara eller verksamhet. Det skall vara fråga om utnyttjande av sådant som fyller en kännetecknensfunktion såsom namn, ord och figurer, lay-out och färger eller varors eller förpackningars yttre form. Man bortser härvid från likheter i yttre form m.m. som är funktionellt betingade. Förväxlingsfaran bedöms mot bakgrund av det helhetsintryck efterbildningen får antas ge köpare som har en minnesbild av originalvaran. Det saknar relevans för den rättsliga bedömningen om efterbildningen kan antas vara en sämre produkt än originalet eller ej. Belysande för hur marknadsdomstolen resonerar är bl.a. MD 1983:3, Ajax, där den förbjöd en efterbildning av förpackningen för detta rengöringsmedel.

Veterligen har ingen hittills prövat möjligheterna att föra skadeståndstalan i allmän domstol mot vilseledande om kommersiellt ursprung såsom en form av »vilseledande framställning» (6 och 19 §§ MFL).[55] Det borde i många fall finnas goda möjligheter att nå framgång med en sådan talan.

Marknadsdomstolens bedömningsprinciper har utvecklats successivt i rättspraxis alltifrån det första avgörandet MD 1972:10, Catalinajacka angående efterbildning av mönstret på ett jackfoder med kännetecknenskaraktär. Vid en detaljanalys av de olika avgörandena ter sig dessa och därvid anförda motiveringar knappast helt konsistenta. Domstolen har vartefter fört in mera preciserade kriterier för bedömningen, såsom krav på särprägel och inarbetning, vilka ligger nära varumärkesrättsliga bedömningsprinciper.

De möjligheter som står till buds att ingripa mot vilseledande om kommersiellt ursprung enligt 2 § MFL utgör ett värdefullt komplement till varumärkeslagstiftningen, som f.ö. i regel ej ger möjlighet till förbudstalan. Enligt min uppfattning har dock marknadsdomstolens bedömningar alltför hårt kommit att anknytas till varumärkesrättsliga kriterier, som är utformade för att passa en ensamrättslagstiftning. Det kan knappast vara en uppgift för generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring att dubblera de immaterialrättsliga bedömningsprinciperna. Bedömningen enligt generalklausulen bör vara självständig i förhållande till dessa och direkt inriktad på att skydda konsumenterna mot vilseledande och konkurrenterna mot otillbörliga åtgärder i förväxlingssyfte.

54 Översikt av rättsläget i Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 168 ff. Ingående diskussion av praxis i Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt s. 126 ff., 188 ff., 300 ff.

55 Se avsnitt 4.4 ovan.

Såsom närmare utvecklats i kap. 5 och 6 bör den näringsidkare som marknadsför en efterbildning (vare sig den avser en vara eller dess utstyrsel) vara *skyldig att i konsumenternas och andra näringsidkares intresse söka undvika nära till hands liggande risker för vilseledande förväxling mellan produkterna.* Denna rättsprincip ligger i linje med marknadsdomstolens praxis men innefattar i förhållande till denna en viss åtstramning med betoning av marknadsrättsligt centrala kriterier.

Den förordade principen ter sig rättspolitiskt väl befogad från både konsument- och näringsidkarsynpunkt och kan inte rimligen strida mot några konkurrensfrihetsintressen. Den stämmer också väl med de rättsprinciper som gäller om passing off i angloamerikansk rätt och med kontinental rättsuppfattning.[56] Näringsidkare har i regel goda möjligheter att undvika förväxlingsrisker inom ramen för färgval, dekordetaljer och liknande eller genom neutraliserande avvikelser i fråga om märkning, lay-out m.m.[57] När dessa risker inte undviks beror det i realiteten på att man medvetet vill lägga sig nära en konkurrentprodukt för att dra fördel av dennas goodwill och eventuella förväxlingar.

Något skydd mot slavisk eller annan *närgången efterbildning av produk-*

56 Det svenska avgörande som för mig framstår som minst övertygande är MD 1977:25 (NIR 1978 s. 243), Fiskars. Här godtogs ett uppenbart, ostasiatiskt plagiat till form, färg och utseende i övrigt av Fiskars saxar med hänvisning till att dessa skulle sakna erforderlig särprägel. Avgörandet har analyserats ingående, och kritiskt, i Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt s. 194 ff. Marknadsdomstolens avgörande kan kontrasteras mot Fiskarsmålet i Österrikes högsta domstol (Oberste Gerichtshof) 1980. Det österrikiska målet gällde likartade efterbildningar av Fiskars saxar. Österrikes högsta domstol fällde efterbildningen enligt generalklausulen mot otillbörlig konkurrens. Domstolen erkände rätten att fritt efterbilda teknisk och anatomiskt betingade element men framhöll att efterbildningen i detta fall gick väsentligt längre. Domstolen pekade särskilt på en efterbildares, här icke uppfyllda, skyldighet att undvika närliggande förväxlingsrisker i förhållande till originalet. Det österrikiska avgörandet återspeglar i kontinentaleuropeiska länder gängse bedömningsprinciper. Fallet refereras ingående av Schönherr i artikeln Die Sklavische Nachahmung in der neueren österreichischen Praxis, GRUR Int. (tidskriften Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil) 1983 s. 575 ff. (= Festheft für Ulmer).

57 I Finland har en efterbildning av Fiskars sax fällts 1982 av Opinionsnämnden för Affärssed, som motsvarar den tidigare svenska NOp. I beslutsmotiveringen framhölls bl.a. att försök inte ens gjorts att undvika förväxling. Däremot fällde nämnden inte sådana efterbildningar av Fiskars sax som tydligt var försedda med den andre näringsidkarens varumärke och bara således inplastade i en förpackning som tydligt angav detta märke. Här fann nämnden alltså att förväxlingsfaran var neutraliserad. Se referat av fallen av Tiili i NIR 1983 s. 192 ff. Enligt min mening bygger både de österrikiska och finska Fiskarsavgörandena på betydligt mer genomarbetade och övertygande bedömningsprinciper än det svenska avgörandet.

ter som sådana – alltså utöver skyddet vid förväxlingsfara – ger hittills inte den svenska marknadsföringslagen. Detta framgår av marknadsdomstolens praxis som återgår på klara förarbetsuttalanden. Ett visst sådant skydd finns däremot ofta utomlands, t.ex. redan i Danmark. I Sverige utgår däremot rättsläget från principen om immaterialrättens exklusivitet. Denna innebär att de immaterialrättsliga ensamrättslagarna anses uttömmande reglera hela rättsskyddet för intellektuella prestationer och i princip inte får kompletteras av ett konkurrensrättsligt uppbyggt objektsskydd för efterbildade produkter.[58]

I och för sig leder rättsprincipen till en tilltalande klarhet i rättsläget. Erfarenheten visar emellertid att det finns ett behov av ett mera nyanserat skyddssystem. Man behöver ha tillgång till en svagare skyddsform för prestationer som inte förtjänar att erhålla ett immaterialrättsligt ensamrättsskydd gällande mot envar men som dock inte bör vara under alla förhållanden fria att kopiera eller efterbilda. Här framstår konkurrensrättsligt utformade regler, vilka utgår från efterbildningsfrihet som det normala men som under vissa förutsättningar ger skydd mot medveten slavisk efterbildning av konkurrentprodukter, såsom den lämpliga lösningen. Den allt-eller-intet-approach som följer av principen om immaterialrättens exklusivitet har enligt min mening hävdats alltför doktrinärt i Sverige.[59] Det är också påtagligt att vi hittills haft föga kontakt med de delvis nya rättsprinciper om möjlighet till ingripande mot parasiterande konkurrens (concurrence parasitaire), t.ex. i form av systematisk plagiering av konkurrentprodukter, som utvecklats under de senaste decennierna i kontinentaleuropeisk, bl.a. fransk, rättspraxis.

Det förefaller dock inte troligt att en omorientering i här förespråkad riktning kan ske inom ramen för en omlagd rättspraxis i marknadsdomstolen, även om den utan svårighet skulle rymmas inom ramen för ordalydelsen i generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring (2 § MFL). Utredningen om skydd för företagshemligheter framlade 1987, i enlighet med sina direktiv, ett förslag om lagstiftning om slavisk efterbildning i form av en särskild lag om otillbörlig efterbildning, som ej genomförts. Detta förslag utsattes för en skarp, enligt min mening delvis oförtjänt, kritik av bl.a. konkurrensmyndigheterna. Delvis föll lagförslaget på gränsdragningssvå-

58 Se bl.a. prop. 1970:57 s. 74 ff., 89 f. och 5.1.1 nedan.

59 Se bl.a. Svensson i NIR 1971 s. 300 ff., Levin i NIR 1983 s. 399 ff. och Pehrson i NIR 1983 s. 532 f.

righeter mellan allmän domstol och marknadsdomstolen.[60] Mycket talar fortfarande för att en konkurrensrättsligt utformad lagstiftning åtminstone delvis är en rättstekniskt bättre lösning på tillhörande problem än utbyggd ensamrättslagstiftning.

4.8 Avslutande synpunkter

Framställningen torde rätt väl ha belyst rubrikens karakteristik av otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare som det glömda rättsområdet. Lagstiftarens mycket svala intresse för området under en lång följd av år har varit påtagligt. Detta framgår bl.a. av formerna för avvecklingen av lagen mot illojal konkurrens. Man finner vidare en egendomlig diskrepans mellan lagtext och juridisk realitet.

I och för sig gäller i Sverige en generalklausul (2 § MFL) som gör det möjligt att ingripa med förbud mot alla former av marknadsföring som är otillbörliga mot näringsidkare genom att strida mot god sed eller på annat sätt. Denna lagregel är till sin utformning inte alltför olik de generalklausuler mot otillbörlig konkurrens som finns i våra grannländer, i många kontinentaleuropeiska stater och i Pariskonventionen.

I praktiken är emellertid rättsläget ett annat. Bedömningen av vad som skall anses utgöra otillbörliga marknadsföringsåtgärder i näringsidkares inbördes relationer har i en rad hänseenden snävats in genom förarbetsuttalanden, som marknadsdomstolen sedan följt eller får antas komma att följa, även om en vidareutveckling skett på senare år i marknadsdomstolens praxis i fråga om bl.a. misskreditering, vilseledande om kommersiellt ursprung och renommésnyltning. Vidare har konsumentverket/KO kommit att nästan helt visa ämnesområdet ifrån sig, dels genom att rutinmässigt avskriva inkomna anmälningar, dels genom att i de ärenden där både konsument- och konkurrentaspekter föreligger bara ta upp de förstnämnda, även när talan förs i marknadsdomstolen. Härtill kommer att berörda näringsidkare endast har en subsidiär talerätt i marknadsdomstolen.

Såsom utvecklats i artikeln finns det normalt ingen motsättning mellan intresset av skydd för konsumenter resp. näringsidkare på den otillbörliga konkurrensens område. Tvärtom har ett fungerande näringsidkarskydd klara fördelar också från konsumentsynpunkt. En annan sak är att skydds-

60 SOU 1987:1, Otillbörlig efterbildning.

intressena inte alltid gör sig gällande med samma styrka. Sålunda torde näringsidkarintresset i allmänhet vara mera påtagligt än konsumentintresset när det gäller behovet av ingripande mot t.ex. misskreditering av annan näringsidkare eller renommésnyltning. Å andra sidan finns det i många sammanhang behov av en högre skyddsnivå när marknadsföring har konsumenter som adressater än fallet är när mottagarna är näringsidkare. Det mest påtagliga uttrycket härför är att generalklausulen om informationsskyldighet i 3 § MFL och anslutande informationsskyldighetsregler i t.ex. konsumentkreditlagen och konsumentförsäkringslagen bara gäller i konsumentrelationer.

Förklaringen till att otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare blivit »det glömda rättsområdet» är säkerligen primärt att finna i konsumentskyddsvågen i vår civil- och marknadsrättsliga lagstiftning under 1970-talet. Nu synes det vara på tiden att rusta upp lagstiftning och praxis på området. Otillbörliga konkurrensåtgärder verkar i regel negativt inte bara för drabbade näringsidkare utan också för näringslivet i allmänhet och för konsumentkollektivet. Härtill kommer önskvärdheten av att svensk rätt håller en internationellt godtagbar standard, särskilt i ljuset av dagens Europaperspektiv.

5 kap. Marknadsföringslagen och känneteckensskyddet

5.1 Förhållandet mellan lagarna

5.1.1 Varumärkeslagen och lagstiftning mot illojal konkurrens

I internationellt perspektiv framstår det som naturligt att känneteckensrättslig lagstiftning kompletteras av konkurrensrättsliga eller, med en annan terminologi, marknadsrättsliga regler.[1] Historiskt har varumärkeslagstiftningen i många länder sina rötter bl.a. i skadeståndsrättsliga regler riktade mot otillbörliga konkurrensåtgärder. I England och USA kompletterar, som framgått av kap. 2, principerna om passing off den särskilda varumärkeslagstiftningen, och i Västtyskland fyller generalklausulen i lagen mot otillbörlig konkurrens (UWG) en liknande funktion. I det övriga Norden anses konkurrens- eller marknadsföringslagstiftning kunna komplettera känneteckenslagstiftningen; ett synsätt som ju har starkt stöd också från teoretiska utgångspunkter i Knophs och Koktvedgaards grundläg-

1 Framställningen utarbetades 1975 och kompletteras av nästföljande kapitel om den senare rättsutvecklingen angående vilseledande av kommersiellt ursprung.

gande arbeten.[2] I Sverige däremot har man åtminstone tidvis inte varit benägen att riktigt erkänna samspelet mellan de två regeltyperna, något som bl.a. präglar utformningen av varumärkeslagen. För att förstå dagens situation behöver man något känna till förändringarna i det svenska synsättet.

Den svenska känneteckensrätten har väsentligen utvecklats genom HD:s rättspraxis inom ramen för de på 1880-talet införda varumärkes- och firmalagarna. Såsom Seve Ljungman påvisat i sin analys av denna utveckling, har den haft formellt lagstöd i det i dessa lagar använda förfångsbegreppet, som »utbrett en dimridå, bakom vilken allehanda nyttiga hänsyn kunnat kämpa sig fram till rättsligt erkännande».[3] Ett viktigt legalt komplement till den äldre varumärkes- och firmalagstiftningen tillkom dock 1942, då den s.k. lilla generalklausulen, betitlad illojal användning av kännetecken, infördes såsom 9 § lagen mot illojal konkurrens (IKL). Härmed genomfördes även i Sverige den utomlands normala ordningen att ha känneteckensrättslig lagstiftning kompletterad med konkurrensrättsliga regler. Man kunde tro att denna ordning skulle bibehållas och utvecklas vidare, när varumärkes- och firmautredningen tillsattes 1949 med mandat att dels revidera varumärkes- och firmalagstiftningen, dels överväga införandet av en s.k. stor generalklausul mot illojal konkurrens, dvs. en allmän regel om förbud mot konkurrenshandlingar i strid mot god affärssed. Utvecklingen kom emellertid till en början att gå motsatta vägen.

I 1960 års nya varumärkeslag har man nämligen valt linjen, i överensstämmelse med varumärkes- och firmautredningens förslag, att söka *exklusivt reglera det varumärkesrättsliga skyddet inom ramen för varumärkeslagen* och den anslutande kollektivmärkeslagen.[4] Som en konsekvens av det-

2 Knoph, Åndsrätten, Oslo 1936, särskilt s. 540 ff., Koktvedgaard, Immaterialretspositioner, København 1965, särskilt kap. VII. Koktvedgaards grundsyn är att det föreligger ett samspel mellan immaterialrätten och konkurrensrätten, som »med sine brede, smidige regler og almene grundsynspunkter kan påvirke, understøtte og udbygge immaterialretten» (s. 77). Den nya norska markedsføringsloven innehåller såsom § 9 ett särskilt stadgande om efterliknande av annans produkt: Det er forbudt i næringsvirksomhet å anvende etterliknede kjennetegn, produkter, kataloger, reklamemidler eller andre frambringelser på slik måte og under slike omstendigheter at det må anses som en urimelig utnyttelse av en annens innsats eller resultater og fører med seg fare for forveksling. För finsk rätt, se Aro i NIR 1973 s. 30 ff., Bernitz-Tiili, Suomalainen ja kansainvälinen markkinaoikeus, Helsinki 1974 s. 191 ff. Allmänt om slavisk efterbildning, C. A. Svensson, NIR 1971 s. 300 ff.

3 Ljungman, Om förfång, särskilt inom immaterialrätten, Festskrift tillägnad Gösta Eberstein, Stockholm 1950 s. 134 ff. Se numera härom avsnitt 3.5.2 ovan.

ta upphävdes 1960 9 § IKL såvitt gällde varumärken.[5] Tanken synes ha varit att 2 § varumärkeslagen (VmL), som ger skydd för alla typer av inarbetade varukännetecken, genom sin breda utformning skall fungera som ett slags liten generalklausul inom varumärkeslagens ram. I 6 § VmL har man också, dock i en påtagligt snäv utformning, inrymt ett visst skydd mot otillbörligt utnyttjande av särskilt välkända varumärkens goodwill (Kodakdoktrinen). Också firmalagen bygger i huvudsak på tanken om exklusiv reglering av firmaskyddet inom firmalagens ram.[6] Även 2 § FirmaL är ett slags liten generalklausul som skyddar alla slags inarbetade firmor och i 6 § FirmaL har Kodakdoktrinen lagfästs också för firmarätten. I anslutning till firmalagens antagande upphävdes 9 § IKL i sin helhet 1974.

Ett viktig skäl till att varumärkes- och firmautredningen ville göra varumärkeslagen exklusiv torde ha varit, att det vid tiden för förslagets framläggande framstod som högst osäkert om en kommande reviderad lagstiftning mot illojal konkurrens skulle komma att innehålla en stor generalklausul.[7] Ställningstagandet vid varumärkeslagens tillkomst kom emellertid att utöva starkt inflytande på utformningen av det förslag till lag om otillbörlig konkurrens som lades fram 1966 av utredningen om illojal konkurrens (varumärkesutredningens fortsättning). I detta förslag gick man med kraft in för uppfattningen att regler om otillbörlig konkurrens inte skulle fungera som komplement till de immaterialrättsliga ensamrättslagarna.[8] Någon generalklausul i egentlig mening föreslogs heller inte. 1966 års förslag blev emellertid som bekant ej genomfört och genom marknadsföringslagen har hela frågan om lagstiftningens utformning och relevanta skyddsintressen kommit i ett nytt läge.

4 Förslag till varumärkeslag (SOU 1958:10), bl.a. s. 60, 225, prop. 1960:167 s. 37

5 Vid samma tidpunkt överfördes stadgandet om titelskydd med viss förändring från 9 § 2 st. IKL till 50 § upphovsrättslagen, dock med bibehållande av dess konkurrensrättsliga natur, se Mikael Westerlind i NIR 1972 s. 261 ff., jfr NJA 1974 s. 403, Skotten i Dallas.

6 Firmaskydd (SOU 1967:35) s. 165, 367, prop. 1974:4 s. 169, Ljungman i NIR 1974 s. 384 ff.

7 Utredningens ordförande Gösta Eberstein hade dock förordat en dylik, se bl.a. Eberstein i SvJT 1951 s. 1 ff. och i NIR 1951 s. 1 ff.

8 Otillbörlig konkurrens (SOU 1966:71) s. 236 ff. Den av Seve Ljungman ledda mönsterskyddsutredningen hade i sitt 1965 framlagda förslag till mönsterskyddslagstiftning inte funnit tillräckliga skäl föreligga att vid sidan av en på registrering byggd mönsterrätt ha ett särskilt, konkurrensrättsligt skydd mot slavisk efterbildning som sådan. Mönsterskydd (SOU 1965:61) s. 169 ff.

5.1.2 Marknadsföringslagen

Marknadsföringslagen markerade en brytning med den huvudsakliga inriktning på konkurrentskydd, som kännetecknat äldre konkurrensrättslig lagstiftning och rättspolitisk diskussion och även väsentligen präglar varumärkeslagen.[9] Även om marknadsföringslagen primärt är inriktad på att skydda konsumenterna, har den emellertid också till syfte att skydda konkurrenter och andra näringsidkare mot otillbörliga marknadsföringsåtgärder. Det blir i fortsättningen anledning att närmare beröra dessa skyddssyften (se 5.3.3 nedan).

Huvudbestämmelsen i marknadsföringslagen är som bekant en bred generalklausul som riktar sig mot alla former av marknadsföringsåtgärder från näringsidkares sida vilka strider mot goda affärssed eller på annat sätt är otillbörliga mot konsumenter eller näringsidkare. Införandet av generalklausulen i marknadsföringslagen bröt det motstånd mot denna typ av rättsregel som länge funnits inom svenska juristkretsar. Genom tillkomsten av generalklausulen har frågan om förhållandet mellan den allmänna konkurrens- eller marknadslagstiftningen och den särskilda kännetecknenslagstiftningen kommit i ett annat läge.

En ny situation har också uppkommit på sanktionssidan. Generalklausulens sanktion är nämligen förbud, i regel vid vite. Internationellt är detta inte så märkvärdigt, eftersom förbud brukar vara en huvudsanktion i utländsk liknande lagstiftning.[10] I Sverige har däremot förbudssanktionen traditionellt använts ganska litet, och vid tillkomsten av varumärkeslagen avvisades propåer om att införa förbud som sanktion vid varumärkesintrång. Även här har marknadsföringslagen inlett en omsvängning, och i nya firmalagen har möjlighet till förbudstalan vid firmaintrång införts.[11] I dagens läge finns en diskrepans i sanktionshänseende mellan marknadsföringslagen och varumärkeslagen, vars huvudsakliga sanktioner ännu är straff och skadestånd.

När det gäller förhållandet till immaterialrätten, särskilt kännetecknsrätten, anläggs ett nyanserat synsätt i marknadsföringslagens förarbeten.

9 Se 3.5 och 4.1 ovan.

10 Se översikten i kap. 2.

11 Se departementschefen i prop. 1960:167 s. 177 ang. VmL i anledning av Svenska försäljnings- och reklamförbundets remissvar (s. 175 f.), utredningens om illojal konkurrens kraftfulla uttlanden till förmån för förbudssanktionen (»Sverige är veterligen det enda land i den västerländska kulturkretsen, som inte har förbud som påföljd på detta rättsområde»), Otillbörlig konkurrens (SOU 1966:71) s. 287 ff., prop. 1970:57 s. 77 ang. MFL och prop. 1974:4 s. 188, 220 ang. FirmaL samt Ljungman i NIR 1974 s. 390.

Man skiljer mellan det immaterialrättsliga skyddet i och för sig och otillbörligt utnyttjande av efterbildningar i marknadsföring. Genom marknadsföringlagen skall man enligt departementschefen ej kunna ge ett *objektskydd* för andra objekt än sådana som omfattas av den immaterialrättsliga lagstiftningen. Departementschefen hänvisade härvid till att man inte borde rubba den avvägning mellan rättighetshavares intresse av skydd för sin produkt eller sitt kännetecken och det allmänna intresset av att handlingsfriheten inte i oskälig mån inskränks, som gjorts vid immaterialrättslagarnas tillkomst. Det är däremot enligt departementschefen möjligt att ingripa enligt marknadsföringslagen mot *utnyttjande i marknadsföring* av efterbildningar, som kan vara ägnade att vilseleda genom att framkalla förväxling med annan näringsidkares vara eller verksamhet. Detta uttalande synes vara tillämpligt på alla slag av efterbildningar, vare sig det är fråga om produkter, mönster, reklamalster, titlar, namn, firmor eller varukännetecken. Betydelsefullast har hittills varit att, såsom departementschefen särskilt framhöll, förbud kan meddelas enligt generalklausulen mot användning av visst varukännetecken under hänvisning till att det kan förväxlas med annans kännetecken och på detta sätt vilseleda allmänheten angående varans eller tjänstens kommersiella ursprung. I motiven förde departementschefen även en särskild diskussion av förhållandet mellan marknadsföringslagen och varumärkeslagen, varvid han uttalade att marknadsföringslagen bör vara fullt tillämplig även på varukännetecken, oavsett att detta leder till en viss dubblering i förhållande till varumärkeslagstiftningen.[12]

Marknadsföringslagen har alltså brutit med den princip om varumärkeslagstiftningens exklusivitet som lagts till grund för varumärkeslagen. Det är en betydelsefull omorientering som här har skett. Denna har hittills särskilt visat sig ha praktisk betydelse i fråga om kännetecken som vilseleder om beskaffenheten av en verksamhet, vara eller tjänst eller om kommersiellt ursprung. Rättsläget på dessa två huvudområden behandlas i avsnitten 5.2 och 5.3 nedan. I det avslutande avsnitt 5.4 behandlas några ytterligare typfall, som rör samspelet mellan marknadsföringslagen och kännetecknesrätten.

Här förbigås bedömningen enligt marknadsföringslagen av vilseledande om geografiskt ursprung och frågan om skydd för geografiska ur-

12 Prop. 1970:57 s. 74 ff., 89 f., se vidare Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 79 ff., 205 ff. samt prop. 1974:4 s. 171 ang. förhållandet marknadsföringslagen – firmalagen.

sprungsbeteckningar.[13] Avsikten är heller inte att behandla den kontroll av utövandet av immaterialrätter som kan ske med stöd av konkurrensbegränsningslagstiftningen.[14]

5.2 Kännetecken som vilseleder om beskaffenheten av en verksamhet, vara eller tjänst

5.2.1 Sanningsprincipen i varumärkes- och firmalagstiftningen

Principen att ett kännetecken inte får vilseleda om beskaffenheten av den vara eller tjänst som kännetecknet avser är allt annat än ny och utgör ett uttryck för den för hela kännetecknsrätten grundläggande s.k. *sanningsprincipen*, som dock i själva verket är en *vederhäftighetsprincip*.[15] Både varumärkes- och firmalagarna innehåller regler riktade mot vilseledande varumärken.[16]

Enligt varumärkeslagen får varumärken som uppenbarligen är ägnade att vilseleda allmänheten inte registreras (14 § p. 2 VmL). Det kvalificerande rekvisitet »uppenbarligen» tillades först under departementsbehandlingen.[17] Om märket är vilseledande kan en meddelad registrering hävas (25 § 2 st. VmL; här saknas krav på uppenbarhet). Enligt 33 och 34 §§ VmL skall begärd anteckning om överlåtelse eller licensiering av registrerat varumärke vägras, om den nye innehavarens eller licenstagarens användning av märket uppenbarligen är ägnad att vilseleda allmänheten. Be-

13 Se Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 198 ff. och numera särskilt Levin, »Made in Sweden», Juridiska fakultetens i Stockholm skriftserie nr 30, 1990.

14 Härom bl.a. Bernitz i NIR 1973 s. 1 ff., Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 183 ff.

15 Se bl.a. Kobbernagel, Konkurrencens retlige regulering I, København 1957 kap. 5, där sanningsprincipen lanseras som en för konkurrensrätten gemensam, överordnad princip.

16 Vid utformningen av detta avsnitt har jag haft glädje av en uppsats i tillämpade studier, Mats Ström, Vilseledande kännetecken, Stockholms universitets juridiska institution 1975. – Se även 9 § 3 st. namnlagen.

17 Prop. 1960:167 s. 112 f. Rekvisitet togs in i lagtexten i anledning av propåer från näringslivsorganisationer under remissbehandlingen. Om rättsläge och praxis före lagens tillkomst, Heiding, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken, Uppsala 1946, s. 200 ff.

tydelsen av dessa stadganden får dock anses ringa eftersom sådan anteckning är fakultativ och bara sker på begäran. Vidare finns i 35 § VmL ett stadgande som ger allmän domstol befogenhet att meddela vitessanktionerat förbud mot användning av vilseledande kännetecken. Denna bestämmelse synes dock ha stannat på papperet, sannolikt i första hand därför att man vid lagens tillkomst inte föranstaltade om någon särskild ordning för tillvaratagande av allmänhetens intressen i fråga om övervakning och inskridanden på grundval av stadgandet. Uppgiften har enligt tillämpningskungörelsen (26 §) lagts på allmän åklagare och näringsidkarorganisationerna förefaller inte ha begagnat sig av den särskilda talerätt stadgandet ger dem.

Den nya firmalagen innehåller i stort sett motsvarande regler om vilseledande firma. Man noterar emellertid att registrering av firma skall vägras, där firman är ägnad att vilseleda alllmänheten, utan att krav uppställs på att vilseledandet skall vara uppenbart (10 § 3 st. FirmaL). Denna skillnad är helt avsiktlig och i propositionen underströk departementschefen att sanningsprincipen har särskild betydelse inom firmarätten, eftersom firma ofta innehåller upplysningar om näringsidkaren och den verksamhet han bedriver.[18] Som exempel på vilseledande firmor nämns i förarbetena firmor som oriktigt ger sken av att företagaren besitter särskilda kvalifikationer eller av att företaget har en viss officiell ställning eller anknytning till ett statligt företag, en betydelsefull organisation eller liknande.[19] Allmän domstol kan häva registrerad firma, om firman från början var eller senare blivit vilseledande (16 § FirmaL). Firmalagen upptar också i 15 § ett stadgande om möjlighet att förbjuda vilseledande firma eller annat vilseledande näringskännetecken, motsvarande den nyss behandlade 35 § VmL. Sannolikt får inte heller firmalagens stadgande i saken större självständig vikt.

Redan före nya firmalagens genomförande har klart vilseledande firmor vägrats registrering.[20] Belysande är *Tvätteriernas inköpscentral aktiebolag* (NIR 1970 s. 109, RÅ 1969 not. H 52), som avsåg ett företag som drev vanlig tvätteriverksamhet. Patentverket vägrade registrering, då firman befanns ägnad att inge föreställningen att ett antal tvätterier eller en tvätteriorganisation stod bakom bolaget och därigenom vara vilseledande. Be-

18 Prop. 1974:4 s. 170. Uttalandet är dubiöst, då sanningsprincipen framstår som viktig också inom varumärkesrätten.

19 Prop. 1974:4 s. 170 f., 213.

20 Firmaskydd (SOU 1967:35) s. 213 f. med hänv.

slutet överklagades med regeringsrätten gjorde ingen ändring. Man kan också erinra om att registrering vägrats i regeringsrätten för firman *The Swedish Radio & Television Corporation Aktiebolag* för ett privat underhållningsföretag (NIR 1963 s. 224, RÅ 1963 not. H 42). Det äldre fallet RÅ 1956 rf. s. 63, där regeringsrätten medgav registrering av en firma som innehöll ordet »juristbyrå» för en rörelse som drevs av en person utan juridisk examen, väckte förvåning redan när det kom och synes klart oförenligt med numera tillämpade bedömningsprinciper.

När det gäller varumärkesrättslig praxis tycker man sig kunna iaktta vissa nyansskillnader i bedömningen mellan patentverkets besvärsavdelning och regeringsrätten. Det finns några fall, där besvärsavdelningen funnit märket vilseledande men där registrering meddelats i regeringsrätten, av allt att döma emedan regeringsrätten tagit fasta på att vilseledandet enligt lagtexten skall vara uppenbart för att registrering skall vägras. Här märks det av regeringsrätten refererade, ganska diskutabla fallet *Dr Pepper* (RÅ 1960 rf. s. 66, NIR 1968 s. 415). Regeringsrätten godtog med ändring av besvärsavdelningens beslut registrering av detta märke för bl.a. öl och porter, trots de associationer till läkare eller läkares medverkan som märket ger.[21]

5.2.2 *Marknadsföringslagens vederhäftighetskrav*

Den mest centrala principen i marknadsföringslagen är vederhäftighetskravet. Lagens generalklausul ger möjlighet till ingripande mot alla framställningar eller åtgärder i näringsidkares marknadsföring som är ägnade att vilseleda och därigenom påverka efterfrågan på en vara eller tjänst. Vid bedömningen tas bl.a. hänsyn till varans eller tjänstens art och adressatkretsens sammansättning. Begreppet marknadsföring fattas vitt och härunder faller alla åtgärder som syftar till att främja avsättning av varor eller tjänster, muntlig säljargumentering inbegripen.[22]

Det allmänna vederhäftighetskrav, som marknadsföringslagen upprätt-

21 Man kan spåra viss försiktighet också vid regeringsrättens bedömning av om ett varumärke är ägnat att vilseleda om geografiskt ursprung. Domstolen har sålunda med ändring av besvärsavdelningens beslut godtagit märket Windsor Door för metallvaror och byggnadsmaterial på ansökan av norsk sökande (NIR 1973 s. 100, RÅ 1971 not. H 62). En viss omsvängning i regeringsrättens inställning framkommer möjligen i dess beslut att vägra registrering av märket Allmetall för leksaker som ej var av metall. (RÅ 1974 A 1316).

22 Se närmare Bernitz-Modig-Mallmén. Otillbörlig marknadsföring s. 115 ff. (vederhäftighetskravet), s. 69 f. (begreppet marknadsföring).

håller, slår igenom också på kännetecken som används i näringsidkares marknadsföring. *För allt som fungerar som kännetecken i näringsidkares marknadsföring – vare sig det är fråga om närings- eller varukännetecken och vare sig kännetecknet är registrerat, inarbetat eller immaterialrättsligt oskyddat – gäller principen att kännetecknet inte får vilseleda om t.ex. arten, mängden eller beskaffenheten av en verksamhet, vara eller tjänst och därigenom påverka efterfrågan på denna.* Principen har uttryckligt stöd i förarbetsuttalanden till såväl marknadsföringslagen som firmalagen.[23] Den är heller inte ny, utan redan enligt stadgandet mot illojal reklam i 1 § av 1931 års lag mot illojal konkurrens var det möjligt att gripa in mot oriktig uppgift i form av vilseledande kännetecken, ehuru den snäva utformningen av detta stadgande sällan gjorde sådana ingripanden aktuella.[24]

Vid bedömningen av kännetecken som vilseleder om beskaffenheten av en verksamhet, vara eller tjänst står marknadsföringslagen, som redan nämnts, fri i förhållande till firma- och varumärkesrättens systematik och skyddsförutsättningar. Detta är särskilt betydelsefullt med hänsyn till att marknadsföringslagen, generellt sagt, torde anlägga ett strängare vederhäftighetskrav än vad man hittills gjort enligt de i 5.2.1 behandlade kännetecknsrättsliga reglerna. Att ett kännetecken blivit registrerat såsom firma eller varumärke hindrar sålunda ej att dess användning i marknadsföring kan förbjudas, om kännetecknet verkar vilseledande. Härvid bör man observera att marknadsföringslagen delvis har andra utgångspunkter och sanktioner än den kännetecknsrättsliga lagstiftningen. Genom att lagen riktar sig mot marknadsföringsåtgärder och sanktionen är förbud mot upprepande av en marknadsföringsåtgärd som befunnits otillbörlig, möjliggör marknadsföringslagen ej ingripande mot kännetecken som inte används eller beslut om hävande av en registrering. Ett förbud enligt lagen behöver ej rikta sig mot all användning i näringsidkarens marknadsföring av ett visst kännetecken utan kan ges en mer begränsad omfattning. Verkar t.ex. ett kännetecken vilseledande när det används för ett visst slag av verksamhet, vara eller tjänst – men inte när det används i övrigt – skall förbudets räckvidd givetvis avgränsas med hänsyn härtill.

Från näringsidkarsynpunkt kan det uppfattas som besvärande, att förbud kan riktas mot användning av kännetecken som efter en föregående prövning blivit registrerade. Denna princip, som ju också gäller enligt firma- och varumärkeslagarna (se 5.2.1), ter sig dock ofrånkomlig. Vid regi-

23 Prop. 1970:57 s. 89 f., prop. 1974:4 s. 171.

24 Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 212 med hänv.

streringstillfället förfogar ju patentverket eller annan registreringsmyndighet över ganska litet information om hur kännetecknet är avsett att begagnas, och bedömningen måste härigenom till stor del knyta sig till det slag av verksamhet, vara eller tjänst för vilket registreringen sökts. Ingripanden enligt marknadsföringslagen däremot riktar sig mot det sätt på vilket kännetecknet *faktiskt* används i marknadsföring och grundar sig på konkret material i form av t.ex. annonser eller förpackningsdekorer.

5.2.3 *Vilseledande näringskännetecken i marknadsrättslig praxis*

Det grundläggande avgörandet i fråga om kännetecken som vilseleder om beskaffenhet är marknadsdomstolens ställningstagande i fallet *Svensk Rättshjälp* (MD 1972 nr. 8, NIR 1972 s. 460).

> En person, som saknade juridisk utbildning, drev ett slags juridisk byrå under handelsregisterfirman Svensk Rättshjälp. På talan av KO fann marknadsdomstolen att firman var ägnad att vilseleda genom att framkalla förväxling med den i offentlig regi bedrivna rättshjälpsverksamheten. Personen ifråga förbjöds vid vite av etthundratusen kronor att använda firman vid marknadsföring av tjänster i juridiska frågor eller att företa annan liknande handling. Domstolen uttalade i beslutsmotiveringen att det i sammanhanget var betydelselöst att firman godkänts för registrering i handelsregistret.

Fallet ger exempel på ett ganska uppenbart missbruk, där marknadsföringslagen öppnar möjligheter till ett effektivt agerande genom KO vartill någon motsvarighet tidigare inte funnits. Det höga vitesbelopp som marknadsdomstolen utsatte utgör ett schablonbelopp, som domstolen normalt inte underskridit. Man noterar att domstolen explicit slagit fast den i 5.2.2 berörda principen, att det faktum att ett kännetecken registrerats inte utgör hinder mot att användningen av kännetecknet förbjuds enligt marknadsföringslagen. Förbudet gavs i detta fall en tämligen generell utformning. I beslutsmotiveringen åberopade marknadsdomstolen även den offentliga rättshjälpsverksamhetens intresse av skydd mot utnyttjande av sin goodwill, en aspekt som berörs nedan i 5.3.2.

Fallet Svensk Rättshjälp kan också ses ur aspekten *terminologimissbruk*, dvs. användning i marknadsföring av ord eller uttryck som enligt gängse uppfattning står för något annat än vad som avses i sammanhanget och därigenom verkar vilseledande. I 1972 års rättshjälpslag 45 § har ett legalt, straffsanktionerat förbud införts mot användning av termen rättshjälp vid

annan verksamhet än advokatverksamhet. Terminologimissbruksaspekten har också varit påtaglig i ett senare avgörande av marknadsdomstolen angående vilseledande firma, *Bankernas Fastigheter* (MD 1974 nr. 7, NIR 1974 s. 327).

> Två personer, som drev fastighetsförmedling, hade i handelsregister fått registrerat firman Bankernas Fastigheter (jämte personnamn). Någon bank stod ej bakom verksamheten. På talan av KO fann marknadsdomstolen firman vilseledande och förbjöd personerna i fråga att använda Bankernas Fastigheter vid marknadsföring av fastigheter eller fastighetsförmedling. I motiveringen erinrade domstolen om att ordet bank åtnjuter lagskydd enligt bankrörelselagen 2 § och uttalade, att det fanns särskilt fog att bedöma obehörigt utnyttjande i firma av en i lag definierad term såsom otillbörligt.

En speciell, men principiellt intressant form av vilseledande firmaanvändning har varit under marknadsdomstolens bedömning i fallet *Axelsons Gymnastiska Institut, AGI.* (MD 1973 nr. 15, NIR 1973 s. 462).

> Institutet bedrev bl.a. sjukgymnastutbildning, som dock inte bedömdes som fullvärdig enligt de statliga normerna. I annonsering m.m. använde institutet firmaförkortningen A G I. Det hade tidigare under många år funnits ett dock sedan 1935 nedlagt institut, Arwedsons Gymnastikinstitut, som också begagnat förkortningen A G I. Därifrån utexaminerade sjukgymnaster brukade alltjämt i förteckningar m.m. beteckna sig som gymnaster A G I, och det nedlagda institutet var på så sätt fortfarande känt. Med hänsyn härtill fann marknadsdomstolen det ägnat att leda till förväxling och vilseledande av utbildningssökande att Axelsons institut använde förkortningen A G I, varför domstolen meddelade förbud häremot.

Marknadsföringslagen har här visat sig användbar i en situation, där en näringsidkare på ett vilseledande sätt sökt anknyta till en ännu välkänd näringsverksamhet som upphört. Fallet kan härigenom också ses som ett vilseledande om kommersiellt ursprung (jfr 5.3.2). Det bör dock påpekas att KO:s ingripande även riktade sig mot andra aspekter av institutets marknadsföring.

I korthet kan också nämnas ett par exempel på vilseledande firma ur KO:s praxis. Tämligen flagrant är fallet *Kronsaft* (KO:s tidskrift[25] 1974:2 s. 12, Dnr. 3467/73).

25 Konsumentombudsmannen (citerad KO:s tidskrift), utgiven 1971–1976, gav kortfattade redogörelser för ett urval av KO:s ställningstaganden.

Bakgrunden var här att livsmedelslagstiftningen förbehåller beteckningen saft för produkter med naturliga beståndsdelar. Det aktuella företaget, som saluförde en artificiell produkt (drink), lät ändra sin tidigare firma till Kronsaft AB. På sina flasketiketter satte förtaget sedan ut beteckningen Kronsaft på ett framträdande sätt. KO utfärdade ett förbudsföreläggande som företaget godkände. Ett sådant godkänt föreläggande gäller såsom ett av marknadsdomstolen meddelat förbud (6 § MFL).

Kronsaft-fallet belyser vad som sagts i 5.2.2 om skillnaderna i förutsättningarna för vilseledandeprövning vid registrering hos patentverket och i KO:s verksamhet. Kronsaft AB är i sig knappast en vilseledande firma men väl den aktuella användningen i marknadsföring.[26]

KO har vidare ingripit mot en musikaffär som i annonsering om försäljning av musikinstrument betecknat sig som *Skolornas Musikvaruhus* (Dnr. 2566/72, ej publ.). Den inregistrerade firman Sareco angavs däremot ej. KO fann beteckningen vilseledande, då den var ägnad att inge konsumenterna uppfattningen att bakom företaget stod ett större antal skolor. KO hänvisade bl.a. till utgången i det i 5.2.1 beröda fallet Tvätteriernas Inköpscentral (NIR 1970 s. 109). Sedan företaget utfäst sig att ej upprepa förfarandet, avskrev KO ärendet utan ytterligare åtgärd.

Fallet illustrerar den i 5.2.2 behandlade principen att all kännetecknesanvändning skall fylla marknadsföringslagens vederhäftighetskrav, oavsett om det är fråga om ett immaterialrättsligt skyddat kännetecken eller, som troligen i detta fall, en oskyddad term med kännetecknesfunktion.

5.2.4 *Vilseledande varukännetecken i marknadsrättslig praxis*

I registreringspraxis knyter sig, som framgått av 5.2.1, frågor om vilseledande varumärken väsentligen till ordmärken som är ägnade att vilseleda om innehåll, beskaffenhet eller användning av varan eller tjänsten. Däremot har vilseledande *ordmärken* spelat en rätt liten roll i hittillsvarande praxis enligt marknadsföringslagen,[27] där problemen mer gällt figurmär-

26 Ett parallellt fall har prövats enligt livsmedelslagen. Livsmedelsverket har i beslut 28 juni 1974 (Dnr. ad. 1824) på ansökan av AB Saft-Is ej funnit denna benämning (Saftis) utgöra en korrekt uppgift enligt 13 § livsmedelslagen om livsmedlets slag (ispinnar med syntetiska smaktillsatser).

27 Som nämnts i 5.1.2 behandlas inte vilseledande om geografiskt ursprung.

ken eller förpackningsdekorer ägnade att vilseleda genom att antyda egenskaper som den ifrågavarande produkten saknar. Av intresse för bedömningen av vilseledande ordvarumärken är dock fallet *Exynol Miljö* (MD 1974 nr. 12).

> Fallet avsåg ett kallavfettningsmedel som marknadsfördes såsom miljövänligt och under beteckningen Exynol Miljö. Sedan en privat miljövårdsgrupp påtalat hos KO att medlet ej var så miljövänligt som företaget lät göra gällande (produkten gav vid utsläpp i vattendrag viss giftverkan på fisk), förde KO talan mot användningen av betckningen Miljö i varumärket. Marknadsdomstolen biföll KO:s talan och förbjöd företaget att vid marknadsföring av kallavfettningsmedel använda beteckning där ordet miljö ingår eller att företa annan liknande handling.

Fallet har flera intressanta aspekter. KO ingrep sålunda i detta fall mot en marknadsföring som enbart riktade sig till näringsidkare. I anledning härav fastslog marknadsdomstolen i sin beslutsmotivering, att samma bedömningsgrunder skall tillämpas antingen ett ärende rör marknadsföring av en produkt till konsumenter eller till näringsidkare. Ur varumärkesrättslig synvinkel noterar man särskilt att marknadsdomstolen enbart talade om »produktnamnet» Exynol Miljö. Hur långt varumärkesskyddet sträckte sig och om företaget gjorde gällande sådant skydd för beteckningen Exynol Miljö i sin helhet förefaller över huvud ej ha varit utrett i målet. Det torde dock ha saknat betydelse för den marknadsrättsliga bedömningen hur härmed förhöll sig. Marknadsföringslagens vederhäftighetskriterium tillämpas som nämnts i 5.2.2 i princip på samma sätt vare sig det rör sig om ett ordvarumärke eller ett till varumärket kopplat produktbeskrivande tillägg.

Problem rörande vilseledande *figurmärken och förpackningsdekorer* har varit särskilt aktuella på livsmedelsområdet. Man kan som en särskild grupp urskilja fall, där mer eller mindre artificiella produkter varit försedda med figurer eller bilder som anknutit till den naturliga produkten, ofta frukter eller bär. Här har en anpassning skett från företagens sida under trycket av marknadsföringslagen och livsmedelslagen. Borta är sålunda det klassiska figurmärket för *Pommac* med bilden av en fruktskål med olika frukter. Som ett annat exempel kan nämnas att efter ingripande av KO har de fruktbilder som tidigare fanns på förpackningar för *Jell-O* tagits bort (KO:s tidskrift 1972:2 s. 14). Marknadsdomstolen har bedömt ett intressant mål av här berört slag, *Rymd* (MD 1972 nr. 9).

> Fallet gällde ett syntetiskt drinkpulver, som marknadsfördes under varumärket

Rymd och vars förpackningar upptog dels benämningar på frukter (Apelsin, Hallon m.fl.). dels en dryckeskanna och dricksglas med drycker i naturliga färger. Marknadsdomstolen fann, dock inte enhälligt, att förpackningarna kunde bibringa konsumenterna föreställningen att pulvret i väsentlig grad innehöll naturliga beståndsdelar av frukt eller bär. Domstolen förbjöd dock inte all vidare användning av förpackningsdekoren utan krävde endast att det av förpackningarna skulle framgå tydligt att pulvret ej var naturprodukt (s.k. *neutralisering*).

Frågan om förpackningsdekoren för Rymd helt eller delvis var varumärkesskyddad synes ej ha varit aktuell i målet. Från mer allmänna marknadsrättsliga synpunkter har emellertid avgörandet i Rymd-målet stort intresse. Sålunda föreskrev domstolen en upplysningsplikt genom att begagna sig av tekniken med ett s.k. villkorat förbud. Domstolen fann vidare förpackningsdekoren otillbörlig enligt marknadsföringslagens generalklausul trots att dekoren inte ansågs strida mot speciallagstiftningen på området, livsmedelslagen. Man möter här i ett annat sammanhang den princip att *generalklausulen är övergripande* i förhållande till speciallagstiftning, som också ligger bakom bedömningen av förhållandet mellan generalklausulen och kännetecknensrätten.[28]

Ett av marknadsdomstolens avgöranden om tobaksreklam är också av stort intresse, nämligen *L&M* (MD 1973 nr. 6).

Fallet gällde förpackningsdekoren för cigaretten L&M. Cigarettpaketets framsida upptogs helt av ett fotografiskt återgivet höstlandskap i klara färger, där två unga människor sågs vandra bland träden. I linje med vissa tidigare avgöranden om cigarettannonsering fann marknadsdomstolen dekoren otillbörligt suggestiv med hänsyn till hälsoriskerna vid tobaksrökning. Domstolen uttalade att användning av mänskliga miljöer och modeller i cigarettreklam i allmänhet är otillbörlig. Härvid tillade dock domstolen att undantag från principen kan hänföra sig till sådana bilder som är utformade på ett hårt stiliserat sätt eller till *varumärken*, vilka ju endast fullgör funktionen att skilja en viss förpackning från andra. Det aktuella bildmaterialet fann domstolen dock inte vara av denna undantagsbeskaffenhet. Domstolen ogillade däremot den del av KO:s talan, som han torde ha uppfattat som den viktigaste, nämligen hans yrkande att cigaretterna skulle förses med särskild varningsmärkning rörande hälsoriskerna vid cigarettrökning.[29]

Av sammanhanget synes framgå att marknadsdomstolens uttalande om

28 Härom och om Rymd-målet i övrigt Bernitz i NIR 1973 s. 419 f., 424 ff.

29 Härom närmare Bernitz i NIR 1973 s. 413 ff.

varumärken närmast avser stiliserade figurmärken av det slag som sedan länge funnits på cigarettpaket. Frågan om dekoren på L&M-paketen (dvs. höstlandskapet) var varumärkesrättsligt skyddad såsom inarbetad utstyrsel förefaller över huvud ej ha varit aktuell i målet. Med hänsyn till att dekoren var mycket särpräglad ligger det dock nära till hands att anta att den kunnat bli inarbetad. Hur härmed förhöll sig bör principiellt, enligt resonemanget i 5.2.2 ovan, ha saknat betydelse för bedömningen. Det måste dock sägas att marknadsdomstolens uttalande om hänsyn till varumärken brister i klarhet. Förmodligen tar uttalandet bara sikte på de speciella suggestionsaspekterna vid tobaksreklam.

Vilseledande förpackningar i bemärkelsen förpackningar som genom sin *form* vilseleder om innehållets mängd eller beskaffenhet är inte så sällan aktuella i praxis. Grundläggande är fallet *Tre Kök* (MD 1971 nr. 8), där domstolen slog fast principen att en förpackning inte skall ges större dimensioner än innehållet kräver och att detta med särskild styrka gäller sådana varuförpackningar på livsmedelsområdet vilka är avsedda att i oförändrat skick tillhandahållas konsumenten. Den pappkartong för korv av enkelt slag, som var föremål för bedömning i målet, kunde som sådan inte rimligen göra anspråk på varumärkesrättsligt utstyrselskydd. Det faktum att en förpackning är föremål för varumärkesskydd eller mönsterskydd hindrar emellertid ej att dess användning i visst sammanhang kan förbjudas såsom otillbörlig marknadsföring. I praktiken torde dock en vilseledande förpackningsutformning ofta kunna tillräckligt neutraliseras genom tydlig mängd- eller innehållsangivelse på förpackningen. Ur KO:s praxis kan nämnas att KO ej funnit skäl att tvinga fram förpackningar med högre fyllnadsgrad för exklusiva parfymer (KO:s tidskrift 1974:5 s. 17, Dnr. 120/71, *Chanel*).

5.2.5 *Sammanfattande synpunkter*

Genomgången av marknadsföringslagens tillämpning i praxis på firmor och varumärken som är ägnade att vilseleda om beskaffenheten av verksamhet, varor eller tjänster visar, att lagen fyller en viktig uppgift som komplement till kännetecknenslagstiftningen. Sanningsprincipen har visserligen sedan gammalt varit grundläggande inom kännetecknsrätten. I praktiken har den emellertid haft svårt att slå igenom annat än inom ramen för registreringsprövningen, eftersom talan om hävning eller förbud riktad mot vilseledande kännetecken ytterst sällan förekommit. Just denna brist påpekades av riktprisutredningen i dess ursprungliga förslag om inrättande

av KO-befattningen, där man tänkte sig att KO skulle få i uppgift att tillämpa varumärkeslagstiftningen i denna del.[30] Så har nu inte skett, men genom den utformning marknadsföringslagen givits har KO i realiteten fått motsvarande befogenhet. Med hänsyn till kännetecknens fundamentala betydelse vid marknadsföring, måste övervakningen av att kännetecken ej är vilseledande ses som en viktig uppgift för KO. Man bör beakta att företag normalt mer eller mindre ständigt använder sina kännetecken vid marknadsföringen.

Marknadsföringslagen har, såsom utvecklats i 5.2.2, i jämförelse med varumärkes- och firmalagstiftningen delvis andra utgångspunkter för bedömningen och ett annat förfarande. Till stor del löper emellertid de två lagstiftningarna parallellt, vilket också förutsatts i marknadsföringslagens förarbeten.[31] Det är viktigt att detta beaktas i praxis, så att onödiga diskrepanser undviks vid bedömningen. Sålunda illustrerar marknadsdomstolens avgöranden i fallen om Svensk Rättshjälp och Bankernas Fastigheter tydligt sambandet med vilseledandebedömningen enligt nya firmalagen. Det där gjorda förarbetsuttalandet, att man som vilseledande bör bedöma firmor som oriktigt ger sken av att företagaren besitter särskilda kvalifikationer eller att företaget har viss officiell ställning eller anknytning till ett statligt företag, en betydelsefull organisation eller liknande,[32] bör säkerligen anses vägledande också vid tillämpningen av marknadsföringslagen.

Normalt ter sig emellertid marknadsföringslagens vederhäftighetskrav strängare än de standarder som hittills tillämpats i registreringspraxis. Här kan särskilt erinras om vad som sagts i 5.2.1 om regeringsrättens praxis, t.ex. fallet Dr. Pepper. Dylika diskrepanser ter sig olyckliga. Från näringsidkarsynpunkt är det givetvis lämpligast att frågan om eventuellt vilseledande så långt möjligt blir prövad redan på registreringsstadiet och inte kommer upp först senare som ett spörsmål om förbud mot användningen av ett redan etablerat kännetecken. Från allmän synpunkt ter det sig mindre lämpligt att offentlig myndighet registrerar kännetecken som kan vara ägnade att vilseleda. I handboken Otillbörlig marknadsföring, utgiven 1970, hävdades att man kunde räkna med att marknadsföringslagens syn på vilseledanden skulle läggas till grund för bedömningen i registrerings-

30 Prissamverkan och konkurrens (SOU 1966:48) s. 127.
31 Prop. 1970:57 s. 90.
32 Prop. 1974:4 s. 170, se även s. 213.

praxis.[33] Jag har fortfarande uppfattningen att värderingarna bakom marknadsföringslagen på detta sätt bör slå igenom, men är tveksam till om så verkligen har skett.[34] Vad gäller varumärkeslagen torde detta hänga samman med att det i 5.2.1 berörda uppenbarhetskriteriet kvarstår. I direktiven för den 1974 tillsatta men senare nedlagda varumärkesutredningen framhölls att man borde söka bygga ut det skydd varumärkeslagen ger allmänheten mot vilseledande varukännetecken, varvid man särskilt pekade på möjligheten att slopa uppenbarhetskravet.[35]

I sammanhanget märks också den överslätande attityden i firmautredningens betänkande till *pretentiösa firmor*, dvs. firmor som ger en överdriven uppfattning om verksamhetens omfattning och inriktning.[36] Enligt utredningen borde man i dylika fall vara varsam med att vägra registrering och endast göra detta i uppenbara fall. Vid tillämpningen av firmalagen bör enligt min uppfattning beaktas, att detta uttalande ter sig oförenligt med marknadsföringslagens vederhäftighetskrav. Normalt tillämpade vederhäftighetskrav bör ställas också på s.k. pretentiösa firmor.

Det har i det föregående framhållits att det är marknadsföringslagens allmänna vederhäftighetskrav som slår igenom också på kännetecknesområdet. Såsom utvecklats i 5.2.2 och i anslutning till avgörandena i fallen Exynol Miljö, Rymd och L&M saknar det betydelse, principiellt sett, om en beteckning eller dekor är kännetecknesrättsligt skyddad eller ej. Härav bör man dock ej dra slutsatsen att det är betydelselöst vid otillbörlighetsbedömningen enligt marknadsföringslagen om fråga är om ett kännetecken eller om ord, uttryck, figur eller bild som saknar kännetecknesfunktion. Välkända kännetecken fyller nämligen normalt i första hand en identifieringsfunktion för konsumenterna och kan därigenom vara ägnade att uppfattas på ett delvis annat sätt än vanliga deskriptiva ord eller figurer. Sannolikt är det denna skillnad i huvudfunktion, som utgjort den reella motiveringen för marknadsdomstolens särskilda uttalande i L&M-målet om varumärken på cigarettpaket och bedömningen av suggestionseffekter.

33 Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 210, jfr departementschefens uttalande i prop. 1970:57 s. 90 att den myndighet som tillämpar de strängaste bedömningsnormerna får det avgörande ordet.

34 Det har förekommit att patentverket inhämtat yttrande från KO, så ang. varumärkesansökan 2628/70 ang. Eve för cigaretter, där bl.a. renommésnyltning ifrågasattes (KO:s Dnr. 1130/72).

35 NIR 1974 s. 407.

36 Firmaskydd (SOU 1967:35) s. 217 f. Vad departementschefen uttalar härom i prop. 1974:4 s. 213 synes dock uttrycka en viss skärpning i inställningen.

5.3 Kännetecken som vilseleder om kommersiellt ursprung

5.3.1 Bakomliggande överväganden

Vilseledande om kommersiellt urspung är den term som allmänt används i praxis enligt marknadsföringslagen för att beteckna den typ av otillbörlig marknadsföringsåtgärd, som består däri att en näringsidkare oriktigt framkallar föreställningen att hans verksamhet, vara eller tjänst härrör från eller har samband med en annan näringsidkare. Terminologin knyter an till departementschefens i 5.1.2 omnämnda uttalande i förarbetena till marknadsföringslagen, att marknadsdomstolen kan förbjuda användning av ett visst kännetecken under hänvisning till att det kan förväxlas med ett av annan företagare använt kännetecken och därigenom vilseleda allmänheten angående varans kommersiella ursprung.[37]

Det är intressant att jämföra marknadsföringslagens terminologi och de överväganden som ligger bakom denna med behandlingen av motsvarande fråga i förarbetena till varumärkeslagen. I dessa gjordes en skarp skillnad mellan vilseledande i fråga om varornas objektiva egenskaper, dvs. vad som ovan behandlats såsom vilseledande om varors beskaffenhet, och förväxling beträffande varornas kommersiella ursprung.[38] Enligt varumärkesutredningens uppfattning skulle ett allmänt intresse av att motverka vilseledande väsentligen bara knyta sig till vilseledanden om beskaffenheten, medan det i huvudsak bara skulle vara ett privaträttsligt intresse att motverka att en köpare tror att han får A:s vara när han i själva verket får B:s. Utredningen upplyste dock i betänkandet att man inom motsvarande utredningar i de andra nordiska länderna inte blivit övertygad om att det skulle vara möjligt att dra en klar gräns mellan vilseledande om beskaffenhet och förväxling.

Bedömningen enligt marknadsföringslagen av vilseledande om kommersiellt ursprung bygger på en annan grundsyn än varumärkeslagen och utgår från att det också är ett allmänt intresse att användning av förväxlingsbara kännetecken motverkas. Departementschefen uttalade i propositionen att marknadsdomstolen i princip inte bör ge sig in på frågor om varumärkesintrång, och att denna som grund för ett förbud enligt general-

37 Prop. 1970:57 s. 90.

38 Förslag till varumärkeslag (SOU 1958:10) s. 280 f.

klausulen inte bör kunna åberopa att åtgärden innebär intrång i en rätt till registrerat eller inarbetat kännetecken.[39] Däremot kan domstolen förbjuda användning av ett visst kännetecken under hänvisning till att det kan förväxlas med ett av annan företagare använt kännetecken och därigenom vilseleda allmänheten angående varans kommersiella ursprung. För denna bedömning saknar det principiellt betydelse om åtgärden också innebär intrång i en ensamrätt. Departementschefen tillade dock att det i praktiken kan vara svårt att hålla isär de olika frågorna och exemplifierade detta med att marknadsdomstolen vid bedömning av förväxlingsrisken kan behöva pröva i vilken mån kännetecknet blivit inarbetat i samband med den konkurrerande varan.

En förutsättning för förbud enligt marknadsföringslagen är alltså inte bara att det föreligger en förväxlingsbar kännetecknsanvändning utan också att *allmänheten* på detta sätt vilseleds om det kommersiella ursprunget. Det vederhäftighetskrav, som framstår som övergripande vid bedömning enligt marknadsföringslagen, kommer alltså till uttryck också på detta område. Med »allmänheten» förstås givetvis i första hand konsumenterna, men består avnämarkretsen helt eller delvis av näringsidkare är det dessa som utgör allmänheten.

5.3.2 Marknadsdomstolens och KO:s praxis

De starka konsumentskyddsintressen som kan knyta sig även till åtgärder mot kännetecken som vilseleder om kommersiellt ursprung belyses av marknadsdomstolens första avgörande på området, det redan i 5.2.3 behandlade fallet *Svensk Rättshjälp* (MD 1972 nr. 8, NIR 1972 s. 460). Marknadsdomstolen synes visserligen primärt ha sett firman Svensk Rättshjälp såsom vilseledande om beskaffenheten av de tjänster som tillhandahölls i rörelsen, men av beslutsmotiveringen framgår att domstolen även ansett firman vilseleda om det kommersiella ursprunget med hänsyn till risken för förväxling med den i offentlig regi bedrivna rättshjälpsverksamheten.[40] I detta fall kan vilseledandet om beskaffenheten och om ursprunget ses som olika sidor av samma sak, nämligen det otillbörliga utnyttjandet av rättshjälpstermen.

Väsentligen knyter sig emellertid intresset till två senare avgöranden

39 Prop. 1970:57 s. 90.

40 Jfr den rubrik som fallet givits i Marknadsdomstolens avgöranden 1971–1973. Märk även de i 5.2.3 behandlade fallen Bankernas Fastigheter och A G I.

som föreligger i marknadsdomstolen, Catalinamålet och Blominmålet. I *Catalinamålet* (MD 1972 nr. 10, NIR 1972 s. 463), som gällde efterbildning av sportjackor, förde en näringsidkare enskild talan i marknadsdomstolen enligt numera 10 § MFL sedan KO avskrivit ärendet.

> Talan fördes av importören av sportjackor av märket Catalina-Martin mot Tedder-Kläder AB, som tagit upp tillverkning av en även i detaljer snarlik jacka som såldes under märket Tedder. Tedder-jackorna hade bl.a. som mönster i fodret en figur (flygmärke) som starkt liknade den figur (flygfisk) som fanns i Catalina-jackornas mönster och som utgjorde inarbetat varumärke. Intressant är att importören i första hand yrkade förbud mot fortsatt marknadsföring över huvud av Tedder-jackorna.
>
> Marknadsdomstolen fann att generalklausulen inte ger utrymme för ett generellt förbud mot att marknadsföra efterbildade produkter, och att importörens yrkande inte kunde bifallas såvitt detta avsåg förbud mot *varje* marknadsföring av jackorna. Domstolen konstaterade emellertid att jackorna till sin yttre utformning var nästan identiska och att mönstret i Tedder-jackornas foder företedde betydande likhet med mönstret i Catalina-jackorna. Denna likhet fann domstolen avsiktlig och uppenbart ägnad att vilseleda konsumenterna angående jackornas kommersiella ursprung. Tedder förbjöds att efter en övergångstid använda det förväxlingsbara fodermönstret.

Avgörandet har många intressanta aspekter. Marknadsdomstolen har sålunda slagit fast att det inte är möjligt enligt marknadsföringslagen att förbjuda en efterbildning av en produkt i sig eller varje marknadsföring av denna. Detta är helt i linje med det i 5.1.2 berörda ställningstagandet i förarbetena, att marknadsföringslagen inte skall ge ett objektskydd för immaterialrättsligt oskyddade prestationer.[41] Beslutsmotiveringen synes ge vid handen att domstolen också anslutit sig till förarbetsuttalandet att förbud däremot kan riktas mot att efterbildningar *utnyttjas* i marknadsföring på ett sätt som är ägnat att vilseleda genom att framkalla förväxling. Härvid har domstolen i målet särskilt tagit fasta på att efterbildningen riktade sig mot det kännetecknesrättsligt skyddade fodermönstret för Catalina-jackorna. Vid bedömningen av denna efterbildning har domstolen hållit sig nära varumärkesrättens bedömningsprinciper. Till grund för bedömningen av förväxlingsbarheten lades sålunda, enligt vad som särskilt utsa-

41 Prop. 1970:57 s. 75 f. och härtill Bernitz i NIR 1971 s. 269 ff., Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 168. Till grund för ställningstagandet torde även ligga den i förarbetena fastslagna principen, att marknadsföringslagen inte kan tas till intäkt för ett förbud direkt mot försäljning av viss vara, prop. 1970:57 s. 88, jfr s. 67.

des i beslutsmotiveringen, uttalandet i varumärkeslagens förarbeten att en köpare i allmänhet inte har möjlighet att samtidigt jämföra de ifrågavarande kännetecknen utan vanligen bara har en minnesbild av vid köpet av varan åsyftade kännetecken.[42]

Intressant är vidare att marknadsdomstolen hade en annan bedömning än KO av betydelsen av att båda jackfabrikaten var försedda med isydda tygetiketter med märkena Catalina-Martin resp. Tedder samt i regel även hängetiketter med dessa märken utanpå plaggen. Medan KO avskrivit fallet med hänvisning till att denna märkning gjorde risken för att konsumenterna vilseleddes ringa, fann domstolen märkningen otillfredsställande som neutralisering. Sammanfattningsvis fann domstolen begagnandet av flygmärket på Tedder-jackorna klart otillbörligt mot såväl konsumenter som näringsidkare. Med »näringsidkare» synes domstolen härvid ha förstått andra näringsidkare, däremot ej importören av Catalina-jackorna själv. (I målet förekom utredning om att handlande i vissa fall förväxlat jackorna.) Denna aspekt diskuteras nedan i 5.3.3.

Den utvecklingslinje som inleddes i Catalinamålet har marknadsdomstolen fört vidare i *Blominmålet* (MD 1974 nr. 5, NIR 1974 s. 330).

> Fallet gällde efterbildning av förpackningsdekoren för växtnäringspreparatet Blomin, tillverkat av Barnängen AB. Blomin var särskilt avsett för krukväxter i hemmen och marknadsfördes i en gul flaska, modell gammal apoteksflaska. Butikskedjan Buketten lanserade efterbildningen Bukettens Växt-Vital i en snarlik flaska. Denna överensstämde mycket nära med flaskan för Blomin såväl vad gällde flaskans form och förslutningsanordning som flaskans färg (gul) och dekor (blomstergirlang i färger, dock i litet annorlunda utförande) samt etikettsytans form, placering på flaskan och färgsättning. Däremot var etikettstexten annorlunda. Denna dominerades på Barnängen-flaskan av märket Blomin och på Buketten-flaskan av Växt-Vital.
>
> KO avskrev ärendet med motivering dels att risken för vilseledande var relativt begränsad bl.a. med hänsyn till att förpackningarna var tydligt märkta Blomin resp. Växt-Vital, dels att eventuell förväxlingsrisk var betydelselös för konsumenterna, eftersom det inte syntes föreligga någon beaktansvärd skillnad mellan preparaten från växtnärings- eller prissynpunkt.
>
> Marknadsdomstolen fann, på talan av Barnängen, att förpackningen för Blomin var i hög grad särpräglad och att den vid tidpunkten då förpackningen för Växt-Vital kom ut »måste antas ha blivit tämligen väl känd på den svenska marknaden». Vid bedömningen av förväxlingsrisken fäste domstolen avgörande vikt vid att förpackningarna p.g.a. likheten ifråga om utstyrseln skapade i det

42 Förslag till varumärkeslag (SOU 1958:10) s. 252.

väsentliga samma bestående minnesbild hos konsumenten. Att Bukettenförpackningen var tydligt märkt Växt-Vital och endast såldes i Bukettens egna butiker fann domstolen inte ändra bedömningen. Domstolen förbjöd enhälligt Buketten vid vite av 100.000 kr att använda sig av den aktuella förpackningsutstyrseln.

Parallellerna med Catalinamålet är påtagliga. I båda fallen fördes enskild talan sedan KO avskrivit ärendet. Förväxlingsrisken bedömdes efter samma principer, och i båda fallen fann domstolen att en utstyrsel, som vilseleder om det kommersiella ursprunget, inte låter sig neutraliseras av ett tydligt anbringat ordmärke. Också i Blominfallet bedömde domstolen bara frågan om ett vilseledande av allmänheten och berörde inte Barnängens rättsställning. Det kan nämnas att Barnängens parallellt med rättegången i marknadsdomstolen förde talan i tingsrätt mot Buketten med yrkande om skadestånd m.m. för varumärkesintrång.[43]

På en viktig punkt iakttar man dock en olikhet. I Catalinamålet konstaterade marknadsdomstolen att flygfisken var ett för Catalina-Martin inarbetat kännetecken i varumärkeslagens mening. I Blominmålet däremot synes domstolen medvetet ha undvikit att ta ställning till frågan om utstyrseln för Blomin var varumärkesrättsligt inarbetad och nöjde sig, som redan nämnts, med att konstatera att förpackningen blivit »tämligen väl känd» på marknaden. Uttryckssättet bör jämföras med lokutionen i 2 § 3 st. VmL, enligt vilken inarbetning fordrar att ett märke blivit »allmänt känt» i omsättningskretsen. Av allt att döma har domstolen nöjt sig med en lägre grad av välkändhet än vad varumärkeslagen fordrar. Detta förefaller också sakligt befogat. När man tillämpar en bedömningsnorm, vars centrala element är spörsmålet om konsumenter eller andra näringsidkare vilseleds i fråga om det kommersiella ursprunget, kan det inte vara avgörande om kännetecknet genom inarbetning är privaträttsligt skyddat enligt varumärkeslagen.[44] Även immaterialrättsligt oskyddade kännetecken kan i vissa fall tänkas vilseleda så pass många konsumenter eller berörda näringsid-

43 Ett yrkande från svarandesidan att ärendet skulle vilandeförklaras i marknadsdomstolen i avbidan på avgörande i tingsrätten bifölls ej av marknadsdomstolen. Sedan denna meddelat förbud för Buketten förliktes den kvarstående skadeståndsfrågan innan huvudförhandling ägt rum i tingsrätten.

44 På denna punkt innehåller dock beslutsmotiveringen i Catalina-målet ett par oklara uttalanden, som domstolen med fog synes ha frångått i Blominmålet. Här åsyftas uttalandena att generalklausulen inte skulle ge utrymme för ett förbud att efterbilda ett immaterialrättsligt oskyddat kännetecken, och att förväxlingsrisk enligt marknadsföringslagen skulle förutsätta att kännetecknet blivit inarbetat i varumärkeslagens mening.

kare om det kommersiella ursprunget, att ett förbud enligt marknadsföringslagen ter sig befogat.

KO:s praxis i ärenden angående vilseledande om kommersiellt ursprung visar en något annan bild än marknadsdomstolens ställningstaganden, som ju både i Catalina- och Blominmålen präglas av ett klart markerat avståndstagande från de tillämpade förfarandena. Svensk Rättshjälp var länge det enda klara fall där KO fört en fråga om vilseledande om kommersiellt ursprung till marknadsdomstolen för prövning, och detta fall avsåg som förut nämnts primärt vilseledande om beskaffenhet. Det kan nämnas att KO till allmänt åtal enligt straffstadgandet i numera 6 § MFL mot uppsåtligt vilseledande framställningar anmält några fall, där en näringsidkare vid marknadsföring angivit klart oriktiga uppgifter om det kommersiella ursprunget. I ett i NIR 1973 s. 119, *Carlsson-högtalare*, refererat tingsrättsavgörande bötfälldes sålunda en radiohandlare för att han muntligen till kunder i sin butik uppgivit att av honom själv sammansatta högtalare till stereoanläggningar var av det välkända Carlsson-märket.[45] Huvudintrycket av KO:s praxis är emellertid att KO ej är så benägen att ingripa i fall som rör vilseledande om kommersiellt ursprung. Åtskilliga häften av KO:s tidskrift ger exempel på att KO med något växlande motiveringar avskrivit anmälningar från konkurrenter om detta slags vilseledanden. KO:s avskrivningsbeslut i Catalina- och Blominfallen är härvid belysande. KO:s policy synes vara att inte engagera sig i ärenden som han väsentligen uppfattar som konkurrenttvister utan endast i fall där han finner ett påtagligt konsumentintresse föreligga. Härvid stöder sig KO på sin befogenhet enligt en instruktionsändring 1972 att lämna klagomål som rör generalklausulen i MFL utan åtgärd »om det från allmän synpunkt är av ringa betydelse att saken prövas».[46]

Man kan iaktta en intressant olikhet mellan marknadsdomstolen och KO i sättet att uppfatta konsumentintresset. KO har nämligen brukat hävda, såsom också skedde i Blominmålet, att en viss förväxlingsrisk mellan en originalvara och en efterbildning saknar större betydelse för konsumenterna, såvida inte plagiatet kvalitetsmässigt eller i övrigt framstår som sämre

45 I anslutning till det ovan behandlade Catalinamålet kan nämnas att KO till allmänt åtal anmält ett fall, där en klädeshandlare annonserat att han saluförde Catalina-jackor ehuru fråga var om ett plagiat av lägre kvalitet. Underrätten, vars dom vann laga kraft, ogillade dock åtalet då uppsåt, något förvånande, ej befanns styrkt (Folkungabygdens tingsrätts dom nr. DB 207/73.)

46 Se KO:s tidskrift 1973:2 s. 28. Se numera 17 § i instruktionen för Konsumentverket (1990:1179).

eller dyrare. Marknadsdomstolen har däremot inte alls gått på en sådan linje. Tvärtom fann ju domstolen både i Catalina- och Blominmålen sättet att marknadsföra efterbildningarna klart otillbörligt mot konsumenterna, trots att det inte gjordes gällande och knappast förefaller ha kunnat göras gällande att Tedderjackorna eller Bukettens Växt-Vital i och för sig utgjorde sämre produkter. De skilda sätten att se på »kvalitetsargumentet» diskuteras närmare i det följande.

5.3.3 Sammanfattande synpunkter

Marknadsdomstolens avgöranden angående vilseledande om kommersiellt ursprung, särskilt Blominmålet, förtjänar att uppmärksammas. De spörsmål man ställer sig avser framför allt förhållandet till varumärkeslagens bedömningsprinciper samt behovet och räckvidden av den nya praxis.

Sammanfattningsvis kan sägas att vilseledande om kommersiellt ursprung och därmed otillbörlig marknadsföring givetvis föreligger, när en näringsidkare i sin marknadsföring direkt ger sken av att plagiatet utgör originalvaran eller t.o.m. ger en klart oriktig uppgift om ursprunget. Avgörandena i Catalina- och Blominfallen visar emellertid att otillbörlig marknadsföring även är för handen när efterbildning av kännetecknselement medför en nära till hands liggande förväxlingsrisk ägnad att vilseleda allmänheten, dvs. konsumenter eller andra näringsidkare. Vilka slutsatser som kan dras av fallen såvitt gäller sådana efterbildningar, där *vilseledandet knyter sig till själva produktutformningen eller designen* och alltså inte direkt till använda kännetecken diskuteras i det följande i avsnitt 5.4.4.

Bedömningen enligt marknadsföringslagens generalklausul i ärenden om vilseledande om kommersiellt ursprung löper i många hänseenden parallellt med varumärkes- eller firmarätten. Detta gäller särskilt vid bedömningen av förväxlingsrisk, medan man enligt Blominavgörandet ej torde vara bunden av kännetecknsrättens inarbetningskriterier. Det kan understrykas att enligt marknadsdomstolens klara ställningstaganden förväxlingsbarhet mellan varu- eller förpackningsutstyrslar inte utesluts genom tydligt angivande av särskiljande firma eller varumärke. I fråga om sanktionerna brister dock parallelliteten. Såsom berörts i 5.1.2 ovan är sanktionen enligt marknadsföringslagen förbud, i regel vid vite, och skadestånd kan enligt numera 19 § MFL endast förekomma vid överträdelse av marknadsföringslagens straffstadganden eller i de sällsynta fall där ett meddelat förbud ej efterlevs.

Vilseledande om kommersiellt ursprung behöver dock inte alltid avse

närings- eller varukännetecken. Generalklausulen i marknadsföringslagen synes böra tillämpas efter enahanda principer, när vilseledandet knyter sig till andra kännetecken, såsom *titlar* för verk i upphovsrättslig mening eller *namn* eller *emblem* som används av myndigheter, institutioner, ideella föreningar eller stiftelser.

Från företagens utgångspunkter torde i vissa fall talan vid tingsrätt om intrång i immaterialrättsligt skyddat kännetecken och talan enligt marknadsföringslagen framstå som alternativa tillvägagångssätt, och eninstansproceduren i marknadsdomstolen med därtill knuten förbudssanktion kan härvid te sig attraktiv. Den processuella situationen i Blominmålet belyser detta. Det finns emellertid grundläggande skillnader mellan marknadsföringslagen och kännetecknslagstiftningen i fråga om själva *skyddssyftet*, något som påverkar bedömningens inriktning. Kännetecknslagstiftningen har, som bl.a. framgår av varumärkesutredningens i 5.3.1 återgivna uttalanden, i allt väsentligt det rent privatsrättsliga syftet att ge innehavare av kännetecken skydd mot intrång i deras rättigheter. Marknadsföringslagen däremot åsyftar primärt att *skydda allmänheten* (konsumenter och andra näringsidkare) mot vilseledande genom användning av förväxlingsbara kännetecken i marknadsföring. Denna klara inriktning på kollektivskydd är något väsentligt nytt. I tidigare konkurrensrättslig doktrin och lagstiftning, såsom den nu upphävda 9 § IKL, har man i huvudsak sett problemen kring förväxlingsbara kännetecken enbart såsom en fråga om skydd för den läderade konkurrenten.

Här kan den invändningen göras att det är ett grundläggande syfte också för marknadsföringslagen – ehuru i praktiken vanligen med rätt låg prioritet i KO:s praxis – att skydda den enskilde näringsidkaren mot otillbörliga konkurrensåtgärder från konkurrenters sida, t.ex. mot honom riktade otillbörliga reklampåståenden. Det är i enlighet med marknadsföringslagens uppbyggnad, när förbud av den typ som meddelades i Catalina- och Blominmålen, ehuru i första hand föranledda av uppgiften att skydda allmänheten, också ger den närmast berörde näringsidkaren skydd mot en mot honom otillbörlig konkurrensåtgärd.

Framför allt genom huvudinriktningen på skydd för allmänheten synes möjligheterna enligt marknadsföringslagen att ingripa med förbud mot vilseledande om kommersiellt ursprung fylla en betydelsefull funktion som komplement till kännetecknslagstiftningen. Varumärkesutredningens i 5.3.1 återgivna uppfattning att det i huvudsak bara skulle vara ett privaträttsligt intresse att motverka att en köpare tror att han får A:s vara när han i själva verket får B:s ter sig inte hållbar. Detta gäller givetvis särskilt när

förväxlingen innefattar ett vilseledande om varans beskaffenhet men även eljest. Den konsument som efterfrågar A skall inte genom utformningen av kännetecken för efterbildningar »luras» att ta B.

Här kommer man dock in på den av KO hävdade linjen, att en viss förväxlingsrisk mellan en originalvara och en efterbildning saknar större betydelse för konsumenterna, såvida inte plagiatet kvalitetsmässigt eller i övrigt framstår som sämre eller dyrare. Mot ett sådant resonemang, som ju helt saknar stöd i marknadsdomstolens avgöranden, kan dock viktiga invändningar riktas. För det första är att märka att medan kännetecken vanligen bibehålls kan en varas kvalitet eller pris ofta lätt ändras. Man bör vidare respektera att den enskilde konsumenten kan ha många skäl att efterfråga ett visst märke som inte har med »märkesmystik» eller dylikt att göra, t.ex. tidigare erfarenheter, rekommendationer från andra, hänsynstagande till enskildheter i fråga om varans utformning, utseende, smak eller användningsmöjligheter. I bakgrunden finns också ett mer övergripande, allmänt intresse av att förhållandena på marknaden i identifieringshänseende är möjliga att överskåda. Förekomsten av förväxlingsbara kännetecken är ägnad att medföra *förvirring* på marknaden och kan bl.a. försvåra möjligheterna att bedriva konsumentinformation och informativt inriktad reklam.[47] Hela registreringssystemet på firma- och varumärkesområdet torde ytterst till stor del uppbäras av det allmänna intresset av ordnade och överskådliga kännetecknesförhållanden.

Å andra sidan har KO att i första hand uppmärksamma ärenden som är av större betydelse från konsumentsynpunkt, och det är mot denna bakgrund instruktionsenligt och även naturligt att KO inte prioriterar ärenden, där det ligger nära till hands att den närmast berörde näringsidkaren själv för sin talan. Vid prioriteringen torde dock de bredare och mer långsiktiga aspekter som nu berörts böra vägas in. I den mån KO avskriver ett ärende därför att detta inte befinns ha tillräckligt intresse från allmän synpunkt är det självfallet angeläget, att det i förekommande fall av motiveringen framgår att beslutet inte innebär ett ställningstagande i och för sig till marknadsföringsåtgärdernas förenlighet med generalklausulen.

47 Jfr Grundregler för reklam art. 10 p. 1.

5.4 Några ytterligare typfall

Denna artikel har behandlat förhållandet mellan marknadsföringslagen och kännetecknesskyddet på två viktiga områden, där vi redan förfogar över grundläggande avgöranden; vilseledande om beskaffenheten av en verksamhet, vara eller tjänst och vilseledande om kommersiellt ursprung. Analysen i det föregående torde visa att marknadsföringslagen på bägge dessa områden fyller en viktig funktion som komplement till varumärkes- och firmalagstiftningen, framför allt genom sin inriktning på skydd för allmänheten i förening med högt ställda vederhäftighetskrav. Marknadsföringslagens roll som komplement till kännetecknenslagstiftningen sträcker sig dock betydligt utöver de två typsituationer som här behandlats. Här skall i korthet ges några exempel.

5.4.1 Vilseledande åberopande av annans närings- eller varukännetecken

Ett typfall som har nära beröringspunkter med de behandlade situationerna är vilseledande åberopande i marknadsföring av annan näringsidkares kännetecken. Utgångspunkten är att det normalt är tillåtet att i reklam och annan marknadsföring uttryckligen *åberopa* andra näringsidkares – även konkurrenters – närings- eller varukännetecken, så länge detta sker i korrekta former.[48] Det sagda gäller enligt ett uttalande i förarbetena av departementschefen också vid *direkta jämförelser* i reklam med namngivna konkurrerande företag och av dem utbjudna varor och tjänster.[49] Åberopandet får dock inte vara ovederhäftigt, t.ex. genom att vilseleda om förekomsten av en särskild anknytning mellan den näringsidkare som gör åberopandet och den verksamhet, vara eller tjänst som åberopas.[50] Såsom ett specialfall av det nu nämnda förfarandet framstår den i 4 § 2 st. VmL särskilt reglerade situaitionen, att den som tillhandahåller icke originala reservdelar eller tillbehör åberopar originalvarans kännetecken på sådant sätt, att det kan ge sken av att vad som tillhandahålls härrör från kännetecknets innehavare el-

48 Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 173 ff. med hänv. Som där anförts ger marknadsföringslagen ej skydd mot att enskilda personers namn eller bild åberopas utan samtycke, se även KO:s tidskrift 1974:3 s. 18, Lasse Holmqvist.

49 Prop. 1970:57 s. 70, se vidare Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 150 ff.; jfr ur varumärkesrättslig synvinkel Förslag till varumärkeslag (SOU 1958:10) s. 237, prop. 1960:167 s. 70.

50 Om bedömningen av renommésnyltning, prop. 1970:57 s. 71 f. och 6.4 nedan.

ler att denne medgivit kännetecknets användning.[51]

> Närmast som ett exempel på vilseledande åberopande kan nämnas ett fall, där KO i anledning av en anmälan från Svenska Renault AB utfärdat förbudsföreläggande för en bilfirma, som marknadsfört sig som »*Renault-specialisten*» utan att vara anknuten till Svenska Renaults säljorganisation eller på annat sätt ha tillgång till fabriksnya bilar samt kontinuerlig information om modeller och service i fråga om Renault-bilar (KO:s tidskrift 1974:6 s. 8, Dnr. 40/74).[52]

5.4.2 *Vilseledande användning av överlåtet eller licensierat kännetecken*

En fråga som sedan länge tilldragit sig uppmärksamhet inom varumärkesrätten och där rättsläget internationellt sett är långtifrån enhetligt gäller tillåtligheten av fri överlåtelse och upplåtelse av varumärken. I amerikansk rätt fordras sålunda att licensgivare utövar en reell kontroll över licenstagares sätt att använda upplåtna varumärken så att allmänheten ej vilseleds. Liknande principer gäller i engelsk rätt. Det kan vidare nämnas att man i fransk rätt men ej i tysk godtagit att varumärken kan överlåtas utan samband med rörelsen. Varumärkes- och firmautredningen ägnade hithörande frågor stor uppmärksamhet och föreslog införande av principen om rätt till fri överlåtelse och upplåtelse av varumärken. I 1960 års varumärkeslag har man följt utredningsförslaget.[53] Den främsta invändningen mot tillåtligheten av fri överlåtelse och upplåtelse, nämligen risken för att allmänheten vilseleds, har i varumärkeslagen mötts med en särskild regel om möjlighet att förbjuda användning av vilseledande kännetecken. Härom stadgas i 35 § 1 st. VmL att om ett varukännetecken efter överlåtelse eller sedan licens därtill upplåtits är vilseledande i den nye innehavarens eller licenshavarens hand, äger domstol i den omfattning som är påkallat förbjuda varumärkesanvändningen vid vite. Här kan även erinras om de särskilda reglerna i 33 och 34 §§ VmL om möjlighet att vägra införande i varumärkesregistret av anteckning om överlåtelse eller licens som är uppenbart vilseledande. Som nämnts i 5.2.1 är dock sådan anteckning fakultativ och stadgandet i 35 § VmL förefaller ha stannat på papperet.

Hithörande problem uppmärksammades också vid tillkomsten av fir-

51 Se särskilt rättsfallet NIR 1969 s. 418, icke originaldelar till Volkswagen.

52 Med hänsyn till det sätt på vilket företaget betecknat sig Renault-specialisten i annonsering kan fallet också ses ur aspekten begagnande av vilseledande näringskännetecken.

53 Förslag till varumärkeslag (SOU 1958:10) s. 141 ff., prop. 1960:167 s. 160 ff.

malagen. Huvudregeln är enligt 13 § FirmaL att firma får överlåtas i samband med överlåtelse av den näringsverksamhet i vilken firman används. Däremot tillåter ej firmalagen att firma överlåts utan samband med rörelsen. Enligt departementschefen fick firmainnehavarens intresse av att genom fri överlåtelserätt kunna utnyttja firmans ekonomiska värde stå tillbaka för det allmänna intresset av att firma inte är vilseledande. Även när det gällde tillåten firmaöverlåtelse betonade departementschefen vikten av att firmaanvändningen inte blev vilseledande.[54]

Möjligheterna att använda marknadsföringslagen som medel att komma till rätta med fall, där en ny innehavares eller en licenstagares användning av ett varu- eller näringskännetecken verkar vilseledande, har hittills knappast varit diskuterade i svensk rätt. Mot bakgrund av vad som utvecklats i det föregående om marknadsföringslagens tillämpningsområde och vederhäftighetskrav synes det emellertid fullt möjligt att tillämpa lagen också i den nu aktuella typsituationen. Vilseledandet synes primärt ligga däri att den nye innehavaren eller licenstagaren på ett otillbörligt sätt utnyttjar konsumenters eller andra näringsidkares uppfattning om det kommersiella ursprunget.

> Ett exempel ur KO:s praxis ger fallet *Ekström* (KO:s tidskrift 1971:1 s. 20, Dnr. 579/71). En svensk pianotillverkare hade sedan gammalt under märket Ekström sålt pianon av hög kvalitet. Sedan tillverkaren gått i konkurs hade varumärket överlåtits till ett annat företag. Detta saluförde nu under märket Ekström importerade pianon av lägre kvalitet. Efter ingripande av KO förband sig företaget att upphöra med denna användning av varumärket. KO:s motivering – att det var fråga om vilseledande om geografiskt ursprung – förefaller mindre träffande, varvid dock är att märka att fallet härrör från KO-verksamhetens initialskede.

Situationen att ett varumärke, vartill knyter sig en betydande goodwill, efter konkurs utnyttjas på ett vilseledande sätt av ny innehavare förefaller kunna betecknas som ett typfall av vilseledande användning av överlåtet kännetecken.[55]

54 Firmaskydd (SOU 1967:35) s. 243 ff., prop. 1974:4 s. 183 ff., se även s. 218 f.

55 Varu- och näringskännetecken, med undantag för släktnamnsfirma, ingår i konkursbo, 34 § 3 st. VmL, 14 § FirmaL. Regeln motiveras av borgenärernas intresse att kunna utnyttja rättighetens förmögenhetsvärde, prop. 1974:4 s. 220.

5.4.3 *Vilseledande om förekomst av immaterialrättsligt skydd*

Ett annat typfall är marknadsföringsåtgärder som är ägnade att vilseleda om förekomsten av immaterialrättsligt skydd, t.ex. att en produkt felaktigt anges vara patent- eller mönsterskyddad eller ett kännetecken registrerat. Denna typ av otillbörlig marknadsföringsåtgärd är uttryckligen nämnd i Grundregler för reklam (art. 4 p. 1) och hade före marknadsföringslagens tillkomst i flera rättsfall bedömts såsom illojal konkurrens. Marknadsföringslagen fyller här en icke oväsentlig funktion som komplement till den immaterialrättsliga lagstiftningen, som i regel inte tillhandahåller möjligheter att komma till rätta med detta slags oriktiga påståenden.[56] Med hänsyn bl.a. till begränsningen i marknadsföringslagens geografiska tillämpningsområde fordras dock att de vilseledande uppgifterna av konsumenter eller näringsidkare uppfattas såsom avseende rättsskydd i Sverige.[57]

Det kan nämnas att Näringslivets Opinionsnämnd i ärendet *Astralit Takplast* (510 och 510 a/62) funnit det strida mot god affärssed att i reklam utsätta tecknet ® vid Takplast, då detta ord ej utgjorde registrerat varumärke. Förfaringssättet är säkerligen att bedöma på samma sätt enligt marknadsföringslagen.

KO har i ett ärende angående marknadsföring av en rullskidbana funnit det stridande mot generalklausulen att beteckna produkten som *mönsterskyddad* när i själva verket endast en ansökan om mönsterregistrering inlämnats (Dnr. 3946/73, ej refererat).

I ett annat ärende har KO godtagit att ett företag i annonsering för sopsäckar begagnat uttrycket *patentvikt*, sedan företaget styrkt att deras vikta säckar åtnjöt en faktisk ensamställning på marknaden och att patent beviljats i flera länder och att ansökan om patent var under behandling i Sverige (KO:s tidskrift 1973:2 s. 24, Dnr. 2681/72).

5.4.4 *Vilseledande genom förväxlingsbar produktutformning eller design*

En fråga, som ännu delvis är oklar, är hur långt marknadsföringslagen sträcker sig när det gäller möjligheter till ingripande mot utnyttjande i marknadsföring av sådana efterbildningar, där vilseledandet inte direkt knyter sig till användning av förväxlingsbara kännetecken utan till förväxlingsbar *produktutformning eller design*. En yttre gräns för möjligheterna att tillämpa marknadsföringslagen härvidlag har dragits upp genom mark-

56 Se till det sagda Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 141 ff. med hänv. samt Heiding, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken s. 208.

57 Se även Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 175.

nadsdomstolens i 5.3.2 berörda uttalande i beslutsmotiveringen i Catalinamålet, att det inte är möjligt att förbjuda en efterbildning av en produkt i sig eller varje marknadsföring av denna. Inom den så angivna ramen synes dock föreligga betydande möjligheter att, i enlighet med departementschefens uttalande i förarbetena, ingripa mot att efterbildningar utnyttjas i marknadsföring så att de blir ägnade att vilseleda genom att framkalla förväxling med annan näringsidkares vara eller verksamhet.[58] Bedömningen skall sålunda stå på *en i vid mening känneteckensrättslig grund* men är uppenbarligen inte bunden av de avgränsningar som görs i varumärkesrätten för vad som kan vara skyddad varu- eller förpackningsutstyrsel.

> Ett belysande exempel på den typ av situation som här avses ger Näringslivets Opinionsnämnds yttrande i ärendet *Sunnan* (394/61). Konservfabriken Sunnan hade på marknaden introducerat en ny förpackningstyp för konserverade räkor, ett smalt koniskt glas. Något år senare övergick konkurrenten Hällers Konserver till att använda en nästan identisk typ av glas för konserverade räkor. Nämnden fann att utformningen av Sunnans glas ej kunde göra anspråk på varumärkesrättsligt skydd men att god affärssed likväl krävde, att andra fabrikanter som tog samma förpackningstyp i bruk försåg sina förpackningar med sådan dekor att risk för förväxling med Sunnans ej kunde uppkomma hos allmänheten. Nämnden fann att Hällers vid utformningen av dekoren ej vidtagit betryggande åtgärder för att skilja sin förpackning från Sunnans. – Dessutom fälldes Hällers av nämnden för att företagets förpackning innehöll mindre mängd räkor än Sunnans fastän förpackningarna framstod som likvärdiga för konsumenterna. Att Hällers förpackning upptog en i och för sig korrekt viktangivelse fann nämnden utgöra en otillräcklig neutralisering.

Förarbetena synes räkna med att ett ingripande enligt generalklausulen kan ske när den efterbildade produkten (eller produktserien) har viss särprägel och plagiatet en så snarlik utformning att det föreligger en beaktansvärd risk för förväxling vid marknadsföring.[59] Ingripandet får dock inte innebära ett totalförbud mot fortsatt marknadsföring av efterbildningen. Det synes däremot möjligt att knyta ett förbud till att marknadsföring sker med bibehållande av sådana karakteristiska element hos plagiatet som konstituerar förväxlingsrisken, där dylika element rimligen låter sig avlägsnas eller ersättas. En annan metod, och i åtskilliga fall sannolikt den enda, är att inom ramen för ett villkorat förbud föreskriva tydlig märkning eller

58 Prop. 1970:57 s. 76, se vidare 5.1.2 ovan vartill framställningen anknyter.

59 Jfr Aros sammanfattande analys av den finska opinionsnämndspraxis i NIR 1973 s. 38 f.

liknande, som effektivt undanröjer förväxlingsfaran, s.k. *neutralisering*. Härvid bör beaktas att marknadsdomstolen, såsom framhållits i 5.3.2, fann neutralisering enbart genom användning av skilda ordvarumärken otillräcklig i både Catalina- och Blominmålen.[60] Utgångspunkten för bedömningen enligt marknadsföringslagen synes mot bakgrund av marknadsdomstolens ställningstaganden vara, att *den näringsidkare som marknadsför en efterbildning är skyldig att i konsumenternas och andra näringsidkares intresse söka undvika nära till hans liggande risker för vilseledande förväxling mellan produkterna*. Opinionsnämndens ställningstagande i Sunnanfallet torde vara vägledande.

Den rättsliga bedömning som gjorts ovan bygger i första hand på de slutsatser som kan dras av de nämnda målen. Att det är lagstiftarens värdering att konsumenter som efterfrågar varan A inte bör genom vilseledande åtgärder förmås att ta varan B har utvecklats i 5.3.3, där också skälen för detta ställningstagande berörts. Stabiliseras rättspraxis efter här antydda linjer, kommer den att ligga relativt nära bedömningsprinciper som tillämpas i det övriga Norden, inte minst Finland. Också västtysk rätt bygger på uppfattningen att otillbörlig konkurrens föreligger när en efterbildare inte söker undvika förväxlingsfara.[61] Det bör emellertid betonas att marknadsföringslagen, enligt vad som framhållits i 5.1.2, inte möjliggör ingripanden mot en slavisk efterbildning av annans produkt eller prestation som sådan, utan endast mot formerna för marknadsföring av efterbildningar.

5.4.5 Slutord

Det står i dagens läge klart att kännetecknesrättsliga frågor, i motsats till vad varumärkesutredningen antog, inte låter sig regleras i huvudsak exklusivt inom ramen för varumärkes- och firmalagstiftningen. Det grundläggande skälet härtill är att näringsidkarnas användning av kännetecken ut-

60 Som exempel på neutralisering kan nämnas att KO ingripit mot marknadsföringen av s.k. coverinspelningar av grammofonskivor, dvs. imitationer av originalinspelningar med kända artister. Omslagen till dylika skivor synes ofta vara utformade i direkt syfte att främja förväxling. Sedan berörda importörer utfäst sig att märka skivorna med »ej originalversion» eller liknande har dock KO avskrivit ärendet (KO:s tidskrift 1974:6 s. 15, Dnr. 1392/73, 3742/72).

61 Se bl.a. C. A. Svensson i NIR 1971 s. 306 ff., Aro i NIR 1973 s. 30 ff., det i avsnitt 5.1.1 not 2 återgivna stadgandet om efterliknande av annans produkt i norska markedsføringsloven samt Bernitz, Marknadsrätt s. 449 och t.ex. von Gamm, Ergänzender wettbewerbsrechtlicher Kennzeichnungsschutz i Zehn Jahre Bundespatentgericht, Festschrift, 1971 s. 133 ff.

gör en mycket viktig del av deras marknadsföring, och att den marknadsrättsliga lagstiftningen därför ofrånkomligen kommer in på kännetecknens utnyttjande. Över huvud torde artikeln visa att kännetecknen har andra funktioner än den individualiseringsfunktion, som i huvudsak verkat bestämmande på kännetecknslagstiftningens utformning, och att det därför finns behov av rättslig normering av kännetecknsanvändning vid marknadsföring också från andra infallsvinklar än dem som kännetecknslagstiftningen primärt avser.

När det gäller marknadsföringslagens tillämpning på marknadsföring som innefattar kännetecknsanvändning befinner vi oss för närvarande i ett utvecklingsskede, där det delvis ställer sig svårt att fixera fasta gränser för rättstillämpningen. Det kan emellertid knappast vara ändamålsenligt att utvidga tillämpningen av marknadsföringslagen därhän att stora delar av kännetecknsrätten integreras med denna lag. Fastmer synes det naturligt att se marknadsföringslagen med sin breda generalklausul som ett komplement till den kännetecknsrättsliga speciallagstiftningen. Härvid är att märka att det finns vissa skillnader i skyddsintressena mellan kännetecknslagstiftningen och marknadsföringslagen. Även om kännetecknslagstiftningen också beaktar allmänintresset att motverka vilseledande står där det privaträttsliga kännetecknsskyddet i centrum. För marknadsföringslagen är en huvuduppgift däremot att skydda konsumenterna och andra näringsidkare mot olika former av vilseledande användning eller åberopanden av kännetecken. Skillnaden är här stor jämfört med varumärkeslagens vilseledanderegler som delvis knappast alls fått praktisk betydelse.

6 kap. Vilseledande om kommersiellt ursprung
Reflexioner kring aktuell praxis

6.1 Inledning

Generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL ger som framgått möjlighet för marknadsdomstolen att förbjuda näringsidkare att vilseleda om sina varors eller tjänsters kommersiella ursprung. På detta område har det under de senaste drygt femton åren (efter 1975) skett en betydelsefull rättsutveckling genom successiva avgöranden i marknadsdomstolen. Grundläggande för denna utveckling har varit ett »landmark case» 1974, Blominmålet, där marknadsdomstolen förbjöd en efterbildning av förpackningsdekoren för växtnäringsmedlet Blomin. Detta fall, och dess bakgrund, har jag behandlat ovan i kap. 5 (5.3.2). Det är lockande att nu gå vidare och se på den senare utvecklingen. Inledningsvis skall jag peka på några principiella aspekter som gör ämnet särskilt intressant.

När marknadsföringslagen tillkom 1970 innebar detta en djupgående brytning med det tidigare rättsläget som grundade sig på 1931 års lag om illojal konkurrens. Konsumentskyddet sattes i högsätet och en speciell tillsyns- och domstolsordning inrättades genom KO och marknadsdomstolen.[1] Visserligen har generalklausulen i 2 § MFL också till syfte att skydda andra näringsidkare mot otillbörliga marknadsföringsåtgärder som strider mot god sed, men det syftet sköts mycket starkt i bakgrunden i förarbetena till lagen.[2] Detta kom också till tydligt uttryck i lagtexten därigenom att berörda näringsidkare endast givits talerätt i marknadsdomstolen för det

1 MD 1974:5 = NIR 1974 s. 330.
2 Se 4.4 ovan.

fall att KO i ett visst ärende beslutar att inte föra fallet till domstolen, subsidiär talerätt.

Under marknadsföringslagens första tillämpningstid dominerade konsumentskyddsaspekterna totalt och KO drev rättsutvecklingen med kraft. Det var därför betydelsefullt när marknadsdomstolen först i ett mål om efterbildning av ett jackfoder, (MD 1972:10 (=NIR 1972 s. 463), *Catalina-jackan*), behandlat i 5.3.2 ovan, och därefter i det redan nämnda Blominmålet 1974 på talan av konkurrerande näringsidkare förbjöd vilseledande efterbildningar.[3] KO hade avskrivit båda fallen med motiveringar som visade att han funnit efterbildningarna godtagbara, varvid endast konsumentsynpunkter anlagts.

Den fortsatta rättsutvecklingen på området har inneburit ett visst återupprättande av skydd för konkurrerande näringsidkare mot otillbörliga konkurrensmetoder såsom självständigt skyddssyfte. Den praxis som utvecklats rörande vilseledande om kommersiellt ursprung är det närmaste vi kommer i gällande svensk rätt till det breda skydd mot otillbörlig konkurrens genom användning av förväxlingsbara kännetecken och liknande som allmänt finns inom europeisk konkurrensrätt, såväl i Kontinentaleuropa som i England (passing off) och våra västnordiska grannländer.[4] Fortfarande är dock skillnaderna påtagliga. Regeln att en läderad konkurrent endast har subsidiär talerätt finns kvar, förbud – i regel vid vite – är den enda sanktionen (alltså ej skadestånd) och otillbörlighetsbedömningen sker väsentligen utifrån konsumentsynpunkt. Avslutningsvis skall jag komma tillbaka till dessa aspekter.

Ett annat intressant drag i den marknadsrättsliga bedömningen är förhållandet till immaterialrätten, i första hand kännetecknsrätten. Det föreligger framför allt ett nära samband med varumärkesrätten, men även firmarätten blir inte sällan aktuell. Som framgått av kap. 5 har den marknadsrättsliga praxis i sak öppnat en delvis ny väg att uppnå ett kännetecknsskydd. Karakteristiskt för marknadsdomstolens praxis är emellertid att man utvecklat egna marknadsrättsliga bedömningsprinciper och undvikit att mera direkt knyta an till de kännetecknsrättsliga reglerna. Vi har härigenom fått två rättsliga bedömningssystem som löper parallellt och som tillämpas oberoende av varandra. Detta har säkerligen sin främsta förklaring däri att marknadsdomstolen utgör en specialdomstol med exklusiv

3 Om dessa fall och den fortsatta utvecklingen under 1970-talet Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt 1981 s. 188 ff.

4 Härom kap. 2 ovan.

kompetens på sitt område. Till skillnad från vad som i regel gäller i andra länder, redan i t.ex. Danmark, är det inte möjligt att i ett och samma mål kumulera immaterialrättslig och marknadsrättslig bedömning av ett förfarande. Även om det är vanligt att ett förfarande samtidigt kan vara att bedöma som intrång i immaterialrätt, ofta varumärkesintrång, och som otillbörlig marknadsföring, kan situationen mycket väl vara den att förfarandet bedöms som otillbörlig marknadsföring utan att vara immaterialrättsligt otillåtet. Också den omvända situationen låter sig tänkas.[5]

I sammanhanget skall påpekas att förbud ännu inte kan meddelas i Sverige med stöd av varumärkeslagen. Detta är en klar brist och internationellt högst speciellt, något som medför att en part många gånger föredrar att driva en intrångssituation i marknadsdomstolen såsom ett fall av vilseledande om kommersiellt ursprung i syfte att någorlunda snabbt uppnå ett förbud i stället för att föra en sannolikt utdragen process i allmän domstol om varumärkesintrång.

Inledningsvis skall också några grundläggande avgränsningar redovisas. När det gäller marknadsföringslagens förhistoria, utformning och praxis före 1975 hänvisas främst till kap. 5 ovan. Där har också behandlats den praxis fram till 1975 som rör kännetecken som vilseleder om beskaffenheten av en verksamhet, vara eller tjänst, där rättsfallet Svensk Rättshjälp, (MD 1972:8 (=NIR 1972 s. 460) framstår som det mest grundläggande. Den rättsutveckling som senare skett på detta område förbigås här.[6] Vidare begränsar jag mig i första hand till fall där vilseledandet hänför sig till användning av kännetecken*element*. I praktiken handlar det inte minst om förpackningsutstyrslar. Jag går alltså inte djupare in på otillbörlig efterbildning av produkter som sådana. Det sistnämnda var huvudämnet för den offentliga utredning som år 1987 lade fram ett förslag till särskild lag om otillbörlig efterbildning;[7] ett lagförslag som blev kraftigt – enligt min mening oförtjänt kraftigt – kritiserat.[8]

5 Berörs i avsnitt 6.4 nedan.

6 Se härom Pehrson a. a. s. 408 ff. I stort står sig de i kap. 5 (avsnitt 5.2) utvecklade principerna.

7 SOU 1987:1, Otillbörlig efterbildning, som även ger närmare redogörelser för hittillsvarande praxis och utländsk rätt.

8 Om marknadsdomstolens praxis på detta område, Levin, Formskydd 1984 s. 384 ff.

6.2 Centrala bedömningskriterier

Antalet ärenden om vilseledande om kommersiellt ursprung som prövats av marknadsdomstolen har klart ökat på senare år. Det har uteslutande varit fråga om fall där näringsidkare i kraft av sin subsidiära talerätt fört talan inför marknadsdomstolen. Konsumentombudsmannen (KO) har knappast alls befattat sig med ärenden rörande användning av kännetecken som vilseleder om kommersiellt ursprung. En riklig avskrivningspraxis har utbildats hos KO, där de centrala grunderna för avskrivning tidigare brukat vara att förfarandet inte ansetts utgöra vilseledande marknadsföring eller inte i erforderlig utsträckning berört konsumentintressen. I dagens läge kan man utgå från att KO endast ingriper mot förväxlingsbar känneteckensanvändning om det förutom vilseledande om kommersiellt ursprung även föreligger ett påtagligt vilseledande om de kännetecknade produkternas egenskaper m.m. Anmärkningsvärt är att KO:s avskrivningsbeslut ofta innehållit motiveringar och uttalanden som mindre väl harmonierat med rådande rättsläge, sådant detta tolkats av marknadsdomstolen. Numera använder sig KO dessbättre av neutrala skrivningar, främst avskrivning p.g.a. resursprioritering.

I marknadsdomstolens praxis har många olika slag av känneteckenselement berörts. Det har bl.a. varit fråga om ordmärken, figurmärken, etiketter, förpackningsutformning och annonsutformning. Tidigt utbildade marknadsdomstolen vissa grundläggande bedömningsstandarder, som sedan i regel återkommit i beslutsmotiveringarna. Tillämpningen av dessa standarder har dock inte varit helt konsistent utan en viss vidareutveckling har successivt skett, varför det främst är de färska avgörandena som bör anses vägledande.

Bedömningen av frågan om vilseledande föreligger sker, som redan antytts, i huvudsak med utgångspunkt i hur konsumenter i allmänhet eller berörda målgrupper inom konsumentkollektivet kan antas uppfatta situationen. Härvid har marknadsdomstolen utbildat tre centrala bedömningskriterier. Enligt domstolens praxis skall normalt alla tre kriterierna vara uppfyllda i det aktuella fallet för att ett vilseledande om kommersiellt ursprung skall anses vara för handen och domstolen alltså kunna ingripa med ett förbud. Dessa kriterier är:

- att originalet har särprägel,
- att originalet är känt på marknaden så att det förknippas med en viss näringsidkare och

- att fara för förväxling föreligger.

Dessa kriterier har stöd i kännetecknsrättsliga principer och i viss mån i de på denna punkt påtagligt magra förarbetena till 1970 års marknadsföringslag. Såväl när det gäller terminologi som den närmare utformningen och tillämpningen av kriterierna rör det sig dock om en självständig rättsbildning genom marknadsdomstolens praxis.

6.3 Förpackningsutstyrslar

Ett antal centrala avgöranden i marknadsdomstolens här behandlade praxis har rört förpackningsutstyrslar. Som generellt omdöme kan sägas att marknadsdomstolen vartefter skärpt sin bedömning och anlagt en ganska sträng syn på efterbildning av förpackningsdekorer och liknande. Efterbildningen i Blominfallet var ganska flagrant jämfört med flertalet av de efterbildningar som fällts i färska avgöranden.

Ett belysande fall är MD 1983:3 (= NIR 1985 s. 458), *Ajax*.[9] Colgate-Palmolive, som marknadsförde rengöringsmedlet Ajax i en vit plastflaska med röd skruvkork försedd med en inbuktning, s.k. midja, och en etikett med varumärket Ajax i särskilt typsnitt och en illustration av en tornado, förde talan om förbud för en konkurrent att marknadsföra ett rengöringsmedel (Zak) i en liknande typ av flaska, försedd med en liknande etikett. Marknadsdomstolen fann att själva Ajax-flaskan visserligen var funktionellt betingad men genom att etiketten ansågs så särskiljande befanns förpackningen sedd som helhet ha särprägel. Det rådde heller inget tvivel om att förpackningen var väl känd på den svenska marknaden. Vid en helhetsbedömning av förväxlingsrisken fann marknadsdomstolen att etiketternas liknande utformning, färgval och uppbyggnad tillsammans med liknande material, form och färg på flaskorna gav vid handen att konsumenterna vid ett flyktigt köpsätt och betraktande kunde förväxla förpackningarna.

9 I denna översikt går jag förbi två litet äldre avgöranden om förpackningsefterbildning, MD 1976:19 (= NIR 1976 s. 412), Philip Morris ang. utstyrsel av ett cigarettpaket (svart och guld) och MD 1977:28, Canicum ang. förpackning för hundfoder. I båda fallen ogillades talan. De i dessa fall åberopade bedömningsprinciperna ter sig snävare än de nu tillämpade och fallen kan nog inte längre åberopas som vägledande utan måste i vart fall behandlas med försiktighet. Avbildningar av fallen återfinns i regel i Marknadsdomstolens avgörande, ofta även i NIR.

Namnolikheten befanns inte i erforderlig utsträckning neutralisera förväxlingsrisken.

Parallellerna i domstolens resonemang med det äldre Blomin-avgörandet är påtagliga, trots att efterbildningen knappast var lika påtaglig som i Blominfallet. I båda fallen fann marknadsdomstolen att en utstyrsel, som vilseleder om det kommersiella ursprunget, inte låter sig neutraliseras av ett tydligt anbringat ordmärke. Avgörandena belyser även den förväxlingsbedömning som marknadsdomstolen tillämpar. Även om förpackningarna kan skiljas åt vid en direkt jämförelse är det minnesbilden av förpackningarnas helhetsintryck som är det avgörande. Domstolen utgår härvid från ett flyktigt betraktande och den konkreta köpsituationen har betydelse. Det finns större risk för förväxlingar av varor som inhandlas rutinmässigt utan närmare överväganden än för varor vars inköp föregås av en mer noggrann köpprocess. Domstolen påpekade uttryckligen att det var av mindre betydelse om de båda förpackningarna sedda samtidigt kunde skiljas åt.

En likartad bedömning finner man i MD 1985:5 (= NIR 1986 s. 225), *Perstorps ättika*, där talan fördes mot en näringsidkare som marknadsförde ättikssyra till konsumenter i glasförpackningar som både till form och etikett nära anslöt till de av Perstorps-koncernen begagnade glasflaskorna. Även i detta avgörande befanns själva flaskan inte i sig särpräglad, men i kombination med den karakteristiska etiketten fann marknadsdomstolen att förpackningen i sin helhet var särpräglad. På grundval av den tillämpade minnesbildsbedömningen ansågs inte heller här förhållandet att efterbildningen försetts med ett annat varumärke (»Skåneättika» mot originalets »Perstorps ättika») föranleda annan bedömning.

De bedömningsprinciper som tillämpats i de omnämnda avgörandena har ytterligare utvecklats i de senaste målen rörande efterbildning av förpackningar med tillhörande dekor, nämligen MD 1988:6 (= NIR 1989 s. 111), *Klorin* och MD 1990:3 (= NIR 1990 s. 290), *Liljeholmens stearinljus*.

I Klorinmålet befanns förpackningen (etikettens utformning i kombination med flaskans färg) för rengöringsmedlet Klorin vara väl känd och särpräglad. Flaskans utformning (handtag, skruvkork) ansågs dock huvudsakligen funktionellt betingad. Efter en traditionell förväxlingsbedömning avseende det helhetsintryck flaskorna ansågs ge förbjöd marknadsdomstolen marknadsföring av en efterbildning (»Klorrent») på grund av att efterbildningen ansågs vilseleda konsumenterna om det kommersiella ursprunget.

Ett mycket intressant avgörande är Liljeholmensfallet, inte minst därigenom att marknadsdomstolen här, som jag ser saken, gått längst när det

gäller att bedöma en liknande förpackning såsom en otillbörlig, förväxlingsbar efterbildning. Fallet gällde kartongförpackningar för antikljus, i vilka ljusen låg i tråg som hade genomskinliga fönster på framsidan. Liljeholmens förpackning var mörkblå, tråget guldfärgat och fönstret var utformat och dekorerat på visst sätt. Konkurrentens, Duni, förpackning hade en något avvikande blå färg, tråget var silverfärgat och fönstret annorlunda format (ovalt) och försett med en kraftig maggördelsetikett med Dunimärket.

Domstolen förde i beslutsmotiveringen ett resonemang mycket likt resonemanget i Klorinfallet. Trots att Liljeholmensförpackningen till stor del var uppbyggd på funktionella element ansågs den som helhet ha särprägel. Liljeholmens- och Duniförpackningarna ansågs ge ett mycket likartat helhetsintryck. Domstolen uttalade uttryckligen att produktbenämningen spelar en mindre roll för identifikationen vid konsumentköp i självbetjäningsbutiker.[10] Utgången i Liljeholmensfallet synes vidare visa att marknadsdomstolen vid förväxlingsbedömningen låter en stark inarbetning väga upp en svagare särprägel. Bedömningskriterierna skall alltså inte ses isolerade utan som moment i en helhetsbedömning.

Sammanfattningsvis har marknadsdomstolen lagt fast en sträng standard när det gäller förpackningsefterbildning av konsumentvaror. Vid studiebesök i välsorterade självbetjäningsbutiker kan man påträffa åtskilliga produkter från konkurrerande tillverkare, om vilka det måste sägas vara högst tveksamt om de uppfyller de krav på distans i förpackningarnas känneteckenselement som marknadsdomstolen numera tillämpar. Med tanke på att variationsmöjligheterna när det gäller färg och dekor på förpackningsutstyrslar är mycket stora är det dock i och för sig knappast förknippat med några faktiska svårigheter för företagen att leva upp till marknadsdomstolens kravnivå. Problemet ligger snarare däri att det på många varuområden utbildats vissa mönster eller signaler för förpackningsdekor.

I detta sammanhang kan dock särskilt observeras att marknadsdomstolen i Liljeholmensfallet inte fäste avseende vid ett konkurrensbegränsningsrättsligt färgat resonemang som Duni förde fram och som även skymtat i några tidigare fall. Duni hävdade att Liljeholmen sedan länge haft en monopolliknande ställning på den svenska marknaden för stearin-

10 Ytterligare ett färskt fall föreligger där marknadsdomstolen förbjudit en förpackningsefterbildning, MD 1990:5 (= NIR 1990 s. 299), Aloe Juice. Förpackningarna var i högsta grad likartade och marknadsdomstolen fann det uppenbart att förväxlingsrisk förelåg.

ljus av kvalitet och att därför Liljeholmens mörkblå förpackningar för sådana ljus blivit mönsterbildande och fått en signalfunktion vid marknadsföring av ljus av detta slag. En konkurrent som ville tränga in på marknaden skulle härigenom få större svårigheter att etablera sig på marknaden om denne inte tilläts utnyttja denna signalfunktion utan var tvungen att lansera sin produkt i en annan färg. Resonemanget torde inte sakna viss bärkraft men det kan konstateras att marknadsdomstolen, i vart fall numera,[11] förefaller tillmäta ett gott skydd mot vilseledande om kommersiellt ursprung en större tyngd. Detta utgör enligt min mening en välbefogad utgångspunkt, men man måste samtidigt observera att det på en marknad kan förekomma signalfärger och liknande som fyller en informationsfunktion och som det både från konkurrens- och konsumentsynpunkt är viktigt att frihålla.

6.4 Ordmärken m.m.

I aktuell praxis från marknadsdomstolen märks även en grupp avgöranden som rör utnyttjande av ordvarumärke m.m. på ett sätt som vilseleder om kommersiellt ursprung. Det har här skett en snabb vidareutveckling i praxis; fall av denna art förekom under 1970-talet på det hela taget inte i marknadsdomstolen. Inledningsvis bör påpekas att det inte är möjligt att närmare beröra alla fall och att det inte låter sig göra att dra en klar gräns mot fall där ett vilseledande avsett en varas beskaffenhet eller egenskaper snarare än dess kommersiella ursprung och inte heller mot fall av renommésnyltning, där en näringsidkare otillbörligt anknutit till en annan näringsidkares kända varumärke utan att det förelegat förväxlingsrisk.

Ett mycket intressant avgörande, där flera vilseledandeanledningar förelåg i kombination, är MD 1989:9 (= NIR 1990 s. 284), *Svita*. Fallet rörde takfönster. Ett svenskt företag, Icopal, hade under mycket lång tid varit generalagent för Velux, en dansk fabrikant av takfönster. Dessa såldes internationellt under märket Velux men i Sverige av historiska skäl under märket Svita, till vilket Icopal innehade varumärkesregistreringen. Sedan samarbetet upphört började Icopal saluföra den främste konkurrentens takfönster under märket Svita.

11 De i not 9 berörda äldre fallen Philip Morris och Canicum kunde anföras till stöd för en annan uppfattning på denna punkt.

Marknadsdomstolen fann att varumärket Svita i hög grad förknippades med den kvalitet och konstruktion av takfönster som den danske tillverkarens produkter representerade. Därigenom skapade Icopals användning av varumärket Svita för andra tillverkares produkter förvirring på marknaden beträffande produkternas ursprung och Icopal befanns därvid ha brutit mot god affärssed. Icopal ålades att under ett övergångsskede (tre år) inte använda varumärket Svita utan att tydligt ange att fönstren hade annan tillverkare och annan konstruktion än Svita-fönstren.[12]

Marknadsdomstolen motiverade utgången i målet med att det förelåg vilseledande om kommersiellt ursprung och hänvisande uttryckligen till Internationella Handelskammarens Grundregler för reklam (art. 4.1). I sak förelåg det i detta fall ett vilseledande om det kommersiella ursprunget som också ledde till ett vilseledande om beskaffenheten av den av Icopal saluförda produkten. Själva beslutet att meddela ett villkorat och tidsbegränsat förbud[13] – att gälla endast för det fall att Icopal inte lämnade viss neutraliserande information – är ett gott exempel på förbudssanktionens flexibilitet.

Svita-avgörandets beslutsmotivering visar emellertid att marknadsdomstolen fortfarande väsentligen begränsar synfältet till vilseledande aspekter. Frågan om Icopal förfarit otillbörligt mot sin mångårige samarbetspartner Velux genom att på nämnt sätt omedelbart börja saluföra Velux' främste konkurrents takfönster under Svitamärket gick domstolen inte närmare in på, ehuru talans uppläggning synes ha möjliggjort detta. Häri ligger en klar begränsning jämfört med de bredare konkurrensrättsliga bedömningsstandarder som brukar tillämpas i Västeuropa och med all sannolikhet skulle ha anlagts i t.ex. Danmark.

Längst i riktning mot en bredare konkurrensrättslig bedömning synes marknadsdomstolen ha gått i fallet MD 1987:10, *Pre-Glandin*. Fallet gällde en annons för naturmedelspreparatet Maxglandin, i vilket marknadsföraren kraftigt knöt an till det välkända konkurrentpreparatet Pre-Glandin. Rubriken till annonsen var »Kära Preglandinvänner – här är årets nyhet», i annonstexten jämställdes preparaten och en Pre-Glandinförpackning avbildades till hälften ställd bakom en Maxglandinförpackning. Annonsen fälldes i marknadsdomstolen på inte mindre än tre självständiga grunder: vilseledande jämförelse, renommésnyltning och vilseledande om kommer-

12 Fallet har intressanta paralleller med det äldre avgörandet MD 1976:17 (= NIR 1976 s. 409), Sveriges Biodlares Honungsförmedling, se Pehrson a. a. s. 444 f.

13 Om villkorade förbud enligt 2 § MFL, Bernitz i NIR 1973 s. 417 ff.

siellt ursprung. Det sistnämnda fann domstolen föreligga därigenom att marknadsföringen gav ett felaktigt intryck av att produkterna hade samma kommersiella ursprung.

Här kan nämnas att marknadsdomstolen i ett senare fall, MD 1988:19 (= NIR 1989 s. 108), *Globen*, uttryckligen förklarat i beslutsmotiveringen att ingrepp kan ske inte bara mot renommésnyltning som är förkastlig från konsumentsynpunkt utan också mot sådan renommésnyltning som kan anses otillbörlig mot en näringsidkare; en viss utvidgning i förhållande till de på denna punkt snäva motivuttalandena och tidigare praxis.[14]

Det problem som främst varit uppe i aktuell marknadsdomstolspraxis när det gäller vilseledande om kommersiellt ursprung genom användning av ordmärken och liknande har varit frågan om det efterbildade märket varit tillräckligt känt på marknaden, något som marknadsdomstolen – liksom i fallen om förpackningsutstyrslar – ställt upp som en allmän förutsättning. Detta krav har domstolen uttryckt så att kännetecknet skall vara känt eller väl känt i avnämarkretsen. Härmed torde förstås en lägre grad av inarbetning än den som krävs för att en näringsidkare skall uppnå varumärkesrättslig ensamrätt p.g.a. inarbetning. Detta är också logiskt mot bakgrund av att det enligt marknadsdomstolen räcker att en beaktansvärd del av avnämarkretsen riskerar att vilseledas. Något klart besked om hur hög grad av välkändhet som krävs ger dock inte hittillsvarande praxis. I denna framträder i stället ett mera individualiserande drag, som ser till situationen in casu.[15]

Ett belysande fall är MD 1987:30 (= NIR 1989 s. 98), *Select*, som rörde både ordmärke och i viss mån varuutstyrsel. I Select-avgörandet förbjöds en näringsidkare att marknadsföra fotbollar, som i mönster och färg var mycket lika Ryons fotboll »Select» under varumärket »Jelect». Marknadsdomstolen motiverade utgången med följande uttalande:

> Av Freijds (dvs. svarandens) egen berättelse framgår att han valt ett namn på sin firma och sina fotbollar som nära ansluter sig till namnet Select, ett fotbollsmärke som han av egen erfarenhet visste stod för hög kvalitet. Marknadsdomstolen finner uppenbart att likheten i namn är ägnad att vilseleda en beaktansvärd del av konsumentkretsen genom att framkalla förväxling med Ryons fot-

14 Prop. 1970:57 s. 72, se vidare Pehrson i NIR 1989 s. 528 f., se även Bernitz i 7.5 nedan. Nu föreligger MD 1993:9, *BOSS*, där marknadsdomstolen fällt en renommésnyltning såsom otillbörlig mot en annan näringsidkare. Renommén för märket BOSS (för kostymer m.m) hade utnyttjats till att ge en fördelaktig bild av en försäkringstjänst.

15 Se även Pehrson a. a. s. 199 ff. ang. äldre praxis.

bollar. Även om det inte påstått att det föreligger någon kvalitetsmässig skillnad mellan de båda fotbollsmärkena ligger i Freijds förfarande ett moment av utnyttjande av det goda anseende som Select-fotbollarna har.

Marknadsdomstolen pekade vidare på att den närmast identiska dekoren på Select-fotbollarna »i vart fall inte är ägnad att minska den förväxlingsrisk som varulikheten, enligt vad nyss fastslagits, ger upphov till.

I detta fall stod det klart att Select var ett välkänt varumärke för en marknadsledande fotboll. Man noterar att marknadsdomstolen gjorde en viss referens till tillverkarens av Select-fotbollarna självklara intresse av skydd för sitt märke och sin goodwill.

Kravet på att märket skall vara så känt på marknaden att det förknippas med ett visst ursprung har domstolen inte funnit vara uppfyllt i en del fall. Här kan kort nämnas MD 1988:13, *Alkalion*, MD 1989:14, *Nollbaskonsult*, MD 1989:20 (= NIR 1990 s. 288), *Vegetaria* och MD 1990:18, *Supertvätt*. Av beslutsmotiveringen i det sistnämnda fallet framgår att domstolen kan ställa betydande krav på utredning av de faktiska förhållandena.

Att det i grunden är den aktuella marknadsföringen som helhet som marknadsdomstolen bedömer framgår klart av MD 1987:1, *Finlandia*, där varumärkena Pampas och Rio för soffor inte i erforderlig utsträckning ansågs förknippade med en viss tillverkare. En konkurrents användning av varumärkena befanns därmed inte vilseleda om det kommersiella ursprunget. Konkurrentens annonsering sedd som helhet ansågs dock ge ett vilseledande intryck. Avgörandena var härvid namnlikheten tillsammans med likhet i formgivning, uttalade jämförelser med originaltillverkarens soffor och »det anmärkningsvärda» i att annonsören (som tidigare hade varit återförsäljare av originaltillverkade Pampas- och Rio-soffor) hade bytt beteckning på soffor inköpta från olika tillverkare till just Pampas och Rio. Den ifrågavarande annonsens otillbörlighet avgjordes således efter en helhetsbedömning, där visserligen något fristående förbud mot att använda de aktuella varumärkena inte kunde uppställas. Annonsutformningen som helhet betraktat ansågs dock strida mot god affärssed. Också i detta fall finner man ett klart hänsynstagande från domstolens sida till förfarandets otillbörlighet mot den läderade näringsidkaren.

Det skall i korthet påpekas att marknadsdomstolen i avgörandet MD 1988:12 (= NIR 1985 s. 105), *CEH 10*, slagit fast att det utgör otillbörlig marknadsföring att använda sig av konkurrents annonsmaterial enbart i syfte att befordra försäljning av egna produkter. I ärendet hade svaranden använt sig av kärandens reklammaterial utan att ens ha för avsikt att till-

handahålla de produkter som reklammaterialet avsåg.

Vidare har marknadsdomstolen i två fall ingripit med förbud där en tidning givits en titel och förstasidesutformning som varit förväxlingsbar med en annan tidning, MD 1983:18, *Weekendpressen,* (förväxlingsbar med Expressen) och MD 1984:17, *Race & Cruising Segling med Surfing* (förväxlingsbar med Segling och Windsurfing). Med hänsyn till titlarnas kännetecknskaraktär ansågs förbud kunna meddelas utan tryckfrihetsrättsliga hinder.

Slutligen bör framhållas att marknadsdomstolen har klart uttalat att den marknadsrättsliga bedömningen sker helt fristående från upphovs- och varumärkesrättsliga överväganden (MD 1988:12, *CEH 10* och MD 1988:13, *Alkalion*) och att marknadsdomstolen inte meddelar förbud mot ett förfarande enbart på den grunden att det utgör varumärkesintrång (MD 1988:6, *Klorin*, MD 1990:2, *Bobcat*, MD 1990:5, *Aloe Juice*). Av målet MD 1987:12 (= NIR 1989 s. 94), *Inteckningsbörsen*, framgår att domstolen varit obenägen att sakpröva en situation som väsentligen framstod som en förtäckt process om firmaintrång. Det är över huvud påtagligt att marknadsdomstolen undviker att gå in i bedömningar av immaterialrättslig karaktär.

6.5 Sammanfattande reflexioner

Som påpekades inledningsvis har utgångspunkten för den behandlade rättsutvecklingen varit den i förarbetena knäsatta möjligheten för marknadsdomstolen att förbjuda förfaranden som vilseleder konsumenterna – eller i vart fall en betydande del av den målgrupp vartill marknadsföringen riktas – om kommersiellt ursprung. I färsk praxis finner man i beslutsmotiveringarna uttalanden som visar att marknadsdomstolen också har vägt in hänsyn till den näringsidkare mot vilken ett otillbörligt förfarande riktats. Renommésnyltning anses sålunda numera såsom en självständig typ av otillbörlig konkurrens riktad mot näringsidkare (Pre-Glandin och Globenfallen). I övrigt kan särskilt hänvisas till Svita-, Select- och Finlandiafallen, alla berörda i avsnitt 6.4. Fortfarande gäller dock att avgörandena – och detta gäller även förpackningsområdet – inte är självständigt motiverade med att det i fallen förelegat ett otillbörligt förfarande riktat mot näringsidkare utan domstolen anlägger ett ganska ensidigt konsumentperspektiv.

Tiden verkar nu vara inne att i svensk marknadsrätt fullt ut erkänna att näringsidkarna, och då särskilt den näringsidkare som utsatts för efterbildningen, har ett självständigt, principiellt med konsumentskyddet jämställt skyddsintresse också när det gäller fall som rör vilseledande om kommersiellt ursprung. Ett sådant ställningstagande från marknadsdomstolens sida skulle ha fullt stöd i lagtexten i 2 § MFL. Det skulle innebära en vidareutveckling i förhållande till motivuttalandena från 1970 men dessa bör inte verka låsande. Det är angeläget att svensk praxis närmas till vad som är gängse på området i Västeuropa. I sak ger domstolens aktuella praxis en god grund att stå på. Kritiken riktar sig mot målens beslutsmotiveringar och knappast mot avgörandenas utgång. I flera fall, t.ex. Svita, Pre-Glandin och Finnlandiamålen förefaller det troligt att förfarandenas otillbörlighet mot näringsidkare i realiteten spelat större roll för domstolens överväganden än vad beslutsmotiveringarna utvisar.

När det gäller tillämpade bedömningskriterier framträder de tre rekvisiten särprägel, känd på marknaden och förväxlingsrisk (se ovan under 6.2) särskilt tydligt i de fall som rört förpackningsefterbildningar. Det i domstolens litet äldre praxis oklara kriteriet särprägel har numera fått klara konturer och synes endast innefatta en funktionalitetsbedömning, medan bedömningen av särskiljningsförmåga sker inom ramen för välkändhetskriteriet. Huvudsakligen funktionella alster kan enligt marknadsdomstolen aldrig uppnå något efterbildningsskydd.[16]

Kriteriet känd på marknaden är uppenbarligen något annat än inarbetning i kännetecknensrättslig mening. Detta synes helt riktigt. Det är i sig inte relevant för frågan om ett ordmärke, en titel, en förpackningsutstyrsel etc. vilseleder om det kommersiella ursprunget, huruvida kännetecknet åtnjuter ett ensamrättsskydd p.g.a. inarbetning. Däremot står det klart att ett vilseledande om kommersiellt ursprung, i vart fall av någon betydelse, förutsätter att det kännetecken till vilket man anknyter är någorlunda känt i avnämarkretsen. Annars föreligger det knappast någon förväxlingsrisk inom åtminstone en beaktansvärd del av denna avnämarkrets.

För egen del vill jag emellertid varna för att kriteriet känd på marknaden utbildas till något slags kännetecknensrättsligt inarbetningskriterium på lägre nivå. Tendenser härtill är många gånger klart iakttagbara i kärandeparternas uppläggning av sin talan. Bedömningen enligt generalklausulen i 2 § MFL bör vara flexibel och ge utrymme för konkurrensrättsliga helhets-

16 Grundläggande är Conex-avgörandet, MD 1981:2 (NIR 1983 s. 452) ang. rällor till muttrar, se bl.a. a. Pehrson i NIR 1988 s. 395 ff.

bedömningar och inte fastna i typbedömningar (ev. med utgångspunkt i procentsatser för inarbetningsgraden).[17] Skillnaden i förhållande till tillämpning av immaterialrättslig ensamrättslagstiftning är väsentlig. Såsom Finnlandia-avgörandet visar kan en kännetecknsanvändning vara konkurrensrättsligt otillåten i en viss marknadsföringssituation utan att det utnyttjade kännetecknet behöver vara speciellt välkänt. En sådan bredare bedömning har också kommit till tydligt uttryck i de färska avgöranden där domstolen förbjudit efterbildningar av annonser och reklammaterial utan att originalen kunnat betraktas som särskilt kända på marknaden (särskilt fallet CEH 10).

Det sagda ger anledning till påpekandet att enligt min mening har parterna i ett flertal fall i alltför hög grad argumenterat inför marknadsdomstolen som om det gällt en varumärkes- eller firmarättslig bedömning. Den begreppsapparat som används i kännetecknsrätten har sin bakgrund i att det är fråga om att avgränsa ensamrätter, medan det vid tillämpning av marknadsföringslagen är fråga om en mycket mera konkret bedömning av faktiska marknadsföringsåtgärder.

Över huvud taget torde den aktuella rättsutvecklingen ha visat att det finns ett klart behov av en fristående och bredare lagd marknadsrättslig bedömning av vilseledande om kommersiellt ursprung vid sidan av varumärkesrätten och annan immaterialrättslig ensamrättslagstiftning. När det gäller efterbildning av förpackningsutstyrsel är det den marknadsrättsliga praxis som lett utvecklingen och fått störst betydelse. Som framgår av den övriga praxis som behandlats rör fallen ofta olika situationer av otillbörligt kännetecknsutnyttjande som knappast skulle kunna kommas åt på immaterialrättslig väg (t.ex. fallen Svita och Pre-Glandin). Marknadsdomstolen kan på ett annat sätt göra en helhetsbedömning av ett otillbörligt förfarande och förbudssanktionen rymmer en betydande flexibilitet i tillämpningen, något som inte minst Svita-avgörandet visar. Däremot framstår det, särskilt i komparativt perspektiv, som en brist att läderade konkurrenter i regel inte kan få ut något skadestånd. Å andra sidan ligger i det sagda att det ter sig välmotiverat att marknadsdomstolen avböjer att gå in och göra en bedömning av om ett förfarande utgör intrång i immaterialrätt.

Sammanfattningsvis har det skett en betydelsefull rättsutveckling, som

17 Pehrson har påpekat att vid tillämpning av otillbörlighetsnormen i 2 § MFL är antalet vilseledda personer väsentligare än andelen sådana, mätta i förhållande till en målgrupp. Däremot är som bekant denna andel betydelsefull för det varumärkesrättsliga inarbetningskriteriet, Pehrson a. a. s. 203.

ännu torde befinna sig i ett icke avslutat, formativt skede och där framför allt näringsidkarnas intresse av ett självständigt skydd mot otillbörliga förfaranden bör nå ett klart erkännande. Också i Sverige bör den principen gälla att en näringsidkare som vid marknadsföring av varor eller tjänster söker använda efterbildade kännetecken i vid mening skall vara skyldig såväl i konsumenternas som i berörda näringsidkares intresse att undvika nära till hands liggande risker för förväxling.[18]

Av framställningen torde vidare framgå att det egentligen endast är inom området vilseledande om kommersiellt ursprung i mera egentlig mening som en fast praxis har utbildats. Kommer man över till renommésnyltning och andra dubiösa goodwillutnyttjanden är svensk praxis ännu rätt konturlös, även om avgöranden såsom Svita, Finnlandia och CEH 10 visar på en pågående rättsutveckling. Såsom påpekats ges i EG-länderna ofta ett bredare skydd mot otillbörlig konkurrens i bl.a. sådana situationer.[19] En vidareutveckling av rättsläget på området utgör en viktig del av vår EG-anpassning. Härvid måste också större frågor ställas om lämplig utformning av lagstiftning och instansordning på området.

18 Så även Bernitz ovan i avsnitt 5.4.4.

19 Kur i NIR 1988 s. 134 för tysk rätt.

7 kap. Åberopande av annans varumärke i marknadsföring

7.1 Olika former av åberopanden

Ett vanligt förfarande vid marknadsföring är åberopanden. Härmed brukar förstås att en näringsidkare i sin reklam hänvisar till och därigenom åberopar sig på någon utomstående. Det kan t.ex. vara fråga om en namngiven person, firma eller myndighet. Man åberopar sig ofta på experter, intygsgivare eller testresultat. Det kan också vara fråga om en annan näringsidkares varumärke. Det förekommer även s.k. uttunnade åberopanden, där marknadsföraren mera oprecist åberopar sig på något utomstående, t.ex. en främmande vara.[1]

Enligt marknadsföringslagstiftningen gäller både i Sverige och övriga nordiska länder att det i och för sig är tillåtet att använda sig av åberopande i marknadsföring. Kravet på att påståenden i marknadsföring skall vara vederhäftiga med härtill knuten omvänd bevisbörda gäller dock också åberopanden. I de svenska förarbetena framhålls att presentationen måste vara korrekt och att det åberopade materialet inte får vara föråldrat.[2] Skärpta vederhäftighetskrav gäller med hänsyn till det intryck som intyg och utlåtanden m.m. kan antas ge adressaten. Det är enligt ett prejudikat i den svenska marknadsdomstolen otillbörligt att åberopa intyg av fiktiva perso-

1 Se allmänt ang. ämnet Nordell i NIR 1992 s. 482 ff., ang. den marknadsrättsliga bedömningen av åberopanden Bernitz-Modig-Malmén, Otillbörlig marknadsföring, 1970 s. 173 ff. Lindqvist i NIR 1979 s. 264 ff. Svensson-Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt 5 uppl. s. 173 ff.

2 Prop. 1970: 57 s. 69 f.

ner som framställs som autentiska.[3]

Det är emellertid inte bara det marknadsrättsliga vederhäftighetskravet som måste beaktas i samband med åberopanden. Sådana kan också strida mot lagstiftning om integritetsskydd. Här märks för svensk del främst lagen av 1978 om namn och bild i reklam. Den gäller vid kommersiell marknadsföring och förbjuder näringsidkare att använda privatpersoners namn och bild i reklam utan samtycke. Lagen har fått särskild betydelse för kända personer, t.ex. idrottsstjärnor och artister, som låter reklamföretag utnyttja sitt namn eller sin bild mot ersättning.

I denna framställning är det emellertid en annan aspekt som i första hand skall behandlas, nämligen de gränser för åberopandens tillåtlighet som följer av den varumärkesrättsliga lagstiftningen. Avgörande för bedömningen av frågan om varumärkesintrång är om det föreligger en *varumärkesanvändning*. Som framgår av 4 § 1 st. varumärkeslagen (VmL) innebär ensamrätten till varumärke ett förbud för annan att utan samtycke *använda* märket eller ett därmed förväxlingsbart märke för sina varor. Förbudet gäller användning på varan eller dess förpackning, i reklam eller affärshandling eller på annat sätt, inbegripet även muntlig användning. Med lagtextens uttryck »för sina varor» avses varor som näringsidkaren tillhandahåller, oavsett om han tillverkat varorna eller de på annat sätt är föremål för hans rörelse.[4]

Det är en grundläggande varumärkesrättslig princip att otillåten varumärkesanvändning föreligger inte bara när en näringsidkare oriktigt ger sken av att varan härrör från kännetecknets innehavare utan även när han felaktigt bibringar köparna/konsumenterna uppfattningen att varumärkeshavaren lämnat någon form av godkännande eller medgivande eller att något slags samband består mellan varumärkeshavaren och den näringsidkare som åberopar varumärket. Det för otillåten varumärkesanvändning mest centrala är alltså det felaktiga angivandet eller antydandet av ett kommersiellt samband med varumärkeshavaren. Hänsyn måste även tas till risken för degeneration.

Den närmare rättsliga bedömningen kan emellertid vara komplicerad och kräver att man drar en gräns mellen varumärkesskydd och berättigade krav på rörelsefrihet vid marknadsföring. Man befinner sig här i ett gräns-

3 MD 1978:6, Trygg-Hansa. Målet gällde annonsering för försäkringar. Se även MD 1981:13, Skogslunds, ang. åberopande genom avbildning av en näringsidkares vara i broschyr.

4 Förslag till varumärkeslag, SOU 1958:10 s. 238.

område mellan varumärkesrätt och marknadsrätt, där tre skilda huvudintressen gör sig gällande, nämligen varumärkeshavarens intresse av skydd mot intrång i sin ensamrätt och mot otillbörliga konkurrensåtgärder i övrigt, konsumenters och utomstående näringsidkares intresse av att ej bli vilseledda och det allmänna samhällsintresset av effektiv konkurrens.

Hithörande problem har sedan länge varit välkända och uppmärksammade i samband med marknadsföring av reservdelar m.m. av icke originaltillverkning. Frågan i vad mån originalvarumärket härvid får åberopas är direkt behandlad i varumärkeslagen. Detta typfall tas därför upp först (avsnitt 7.2).

En annan typsituation, som också kommer att beröras, föreligger vid parallellimport. Normalt kan själva parallellimporten inte stoppas på varumärkesrättslig grund. Men hur långt får parallellimportören gå när det gäller att använda eller åberopa varumärket för den parallellimporterade varan? Här uppkommer praktiskt betydelsefulla problem, särskilt i förhållande till den »reguljäre» importören av varan. Detta typfall berörs i avsnitt 7.3.

Ett ytterligare typfall är jämförelser i reklam. Numera är det vanligt och i och för sig marknadsrättsligt tillåtet att göra direkta jämförelser i marknadsföring mellan egna och andras namngivna märkesvaror i fråga om t.ex. kvalitet, pris eller service. Vid sidan av de egentliga jämförelserna kan man emellertid urskilja fall där jämförelsemomentet är uttunnat eller mer eller mindre obefintligt, och där åberopandet av annans varumärke mera fyller syftet att utnyttja ett känt märkes goodwill så att man själv får del därav. Hur långt får näringsidkaren gå härvidlag utan att göra varumärkesintrång? Hithörande frågor behandlas i avsnitt 7.4.

Problemet kan illustreras av en lagakraftvunnen svensk tingsrättsdom, som rörde annonsering för den japanska bilen Mazda 929 Legato. Den svenske generalagenten för denna bil genomförde en relativt stor reklamkampanj, som byggde på det genomgående temat att bilen var »*Familjens nya Rolls*». Fallet behandlas i avsnitt 7.5.

7.2 Åberopande av annans varumärke i reklam för reservdelar, tillbehör och service

Varumärkeslagen innehåller ett särskilt s.k. reservdelsstadgande i 4 § 2 st. VmL. Det rör sig här om fall där en näringsidkare tillhandahåller reservde-

lar, tillbehör eller liknande, t.ex. service, som lämpar sig för en annan näringsidkares vara. Lagtexten anger explicit, att det utgör otillåten varumärkesanvändning att åberopa den andre näringsidkarens varumärke på sådant sätt att det kan ge sken av att vad som tillhandahålls härrör från kännetecknets innehavare eller att denne medgivit kännetecknets användning. Stadgandet anses endast förtydliga vad som gäller enligt huvudregeln i 4 § 1 st. VmL och anses alltså uttrycka allmänna varumärkesrättsliga principer.[5]

Skälen bakom stadgandet är ingående redovisade i förarbetena till den svenska varumärkeslagen.[6] Där framhålls att den som tillhandahåller reservdelar m.m. måste i princip vara berättigad att omtala att delarna lämpar sig för originalfabrikatet. Däremot får han självfallet inte utan medgivande använda varumärket för det senare som beteckning för den egna varan. Ett åberopande får inte heller ske så att det misstaget kan framkallas att vad som tillhandahålls är av originaltillverkning. Varumärkesutredningen framhöll att riskerna för sådana missförstånd är stora och att åberopande av originalvarumärke därför måste ske så att misstag är uteslutet. Resonemangen preciserades med följande exempel.

> »För att åberopande av annans kännetecken i nu avsedda fall skall vara tillåtet, bör fordras att det föreligger ett befogat intresse av att omtala att varan passar till visst fabrikat. Så kan vara fallet t.ex. med den som tillverkar skrivmaskinsband, emedan skrivmaskiner av olika fabrikat och typer fordra band av varierande dimensioner, eller glödlampor eller tändstift till bilar, medan däremot något lojalt åberopande av annans varumärke knappast är tänkbart för den som tillhandhåller exempelvis vanlig tändarvätska till cigarettändare, där vätskan i regel icke är särskilt avpassad för tändare av visst märke.»

Det är emellertid inte endast egentliga misstagsfall som träffas. Av stadgandet framgår att ett åberopande är otillåtet också där köparen får klart för sig att det ej är fråga om originaltillverkning, men där han genom kän-

5 A. a. s. 243. Se till det följande Nordell i NIR 1992 s. 437 ff.

6 A. a. s. 243 f., även prop. 1960:167 s. 72, där departementschefen anslöt sig till varumärkesutredningens förslag. Se till det följande särskilt Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt, 1981 s. 338 ff. samt Heiding, Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken, 1946 s. 41 ff., dens., Svensk varumärkesrätt, 5 uppl. 1979 s. 54 ff., Andreasen, Varumærkeretten i konkurrenceretlig belysning, 1948 s. 257 f., Kobbernagel, Konkurrencens retlige regulering II, 1961 s. 146 ff., Koktvedgaard, Immaterialretspositioner, 1965 s. 378 f. Se vidare Waibel, Warenzeichenrechtliche und Wettbewerbsrechtliche Fragen des Ersatzteile-, Zubehör- und Reparaturgewerbes, Köln m.fl. 1977.

netecknet bibringas uppfattningen, att tillverkningen skett enligt innehavarens licens eller eljest med dennes medgivande eller att innehavaren godkänt eller garanterat de ifrågavarande delarna eller tillbehören eller att någon form av samverkan eller annars något samband mellan parterna består. Redan att det föreligger en risk för sådana missuppfattningar synes tillräckligt för att förfarandet skall vara otillåtet, såsom framgår av lagtextens lokution »kan ge sken av».

Regeln i varumärkeslagen ansluter i huvudsak till vad som redan tidigare antagits vara gällande rätt. Här märks främst Högsta domstolens avgörande NJA 1936 s. 118 (= NIR 1936 s. 134) angående icke originaldelar till lantbruksmaskiner av märkena MC CORMICK och DEERING, där varumärkena för originalen använts vid märkning av kartonger, i prislistor m.m. Från tiden efter varumärkeslagens tillkomst märks två hovrättsavgöranden angående icke original-delar till Volkswagenbilar (NIR 1969 s. 418 respektive 424). Här hade bl.a. märket VOLKSWAGEN använts på kartonger och skyltar.[7]

Rättsreglerna på området får ses som resultatet av en avvägning.[8] Näringsidkare som tillverkar eller säljer icke original-delar har självfallet ett högst befogat intresse av att kunna omtala i sin marknadsföring att varan passar till ett visst fabrikat. Från konkurrenssynpunkt är det betydelsefullt att fristående näringsidkare kan tillverka och marknadsföra reservdelar och tillbehör som konkurrerar med originaldelar, förutsatt att detta inte görs så att det uppkommer intrång i patent- eller mönsterskydd. Ofta engagerar sig dessa näringsidkare i priskonkurrens. Det är välkänt att många fabrikanter söker delvis kompensera en försiktig prissättning på huvudvaran med högre marginaler på originaldelar och tillbehör. Departementschefen avvisade med rätta en i ett remissvar framförd tanke att ett åberopande av originalmärke skulle presumeras vara varumärkesintrång.[9] Mot denna bakgrund kan utformningen av regeln i 4 § 2 st. VmL med därtill knutna förarbetsuttalanden te sig väl sträng. Å andra sidan förefaller den vaksam-

7 Om det förstnämnda fallet Heiding, a. a. 1946 s. 47 ff. om båda fallen Pehrson, a. a. s. 339 f. Se även det danska rättsfallet ang. BENZONA malkemaskiner, UfR 1945 s. 81 (H) = NIR 1945 s. 186 (annan utgång). Ang. utnyttjande av logotyper m.m., som tillhör innehavaren av originalvarumärket, se nedan under 7.3.

8 Liknande avvägningar ligger bakom regeln om åberopande av varumärken vid försäljning av bearbetade eller förändrade varor i 4 § 3 st. VmL, härom Pehrson a. a. s. 335 ff. Märk att uttrycklig information om att en marknadsförd vara blivit t.ex. rekonditionerad numera torde kunna krävas med stöd av 3 § MFL.

9 Prop. 1960:167 s. 69.

het mot missvisande åberopande som kommer till uttryck i förarbetena ha gott fog för sig. Näringsidkare som marknadsför icke original-artiklar torde många gånger ha intresse av att söka dölja dessas ursprung och överbetona anknytningen till originalvaran. Sådana metoder framstår som olämpliga både från konkurrens- och konsumentsynpunkt.

De överväganden som ligger bakom varumärkeslagens reservdelsstadgande synes alltså i stort sett stå sig. Med tanke bl.a. på att åberopande av annans varumärke i marknadsföring numera är betydligt mera frekvent än förr, framför allt i fråga om jämförande reklam, ter sig dock förarbetenas krav på styrkan av det befogade intresse som skall föreligga för att ett åberopande skall få göras som väl långtgående. Jag har svårt att se varför inte ett åberopande av annans varumärke skulle kunna göras på ett tillåtligt sätt i det omnämnda exemplet med vätska till cigarettändare. Det måste anses berättigat att informera om att vätskan passar till tändare av visst slag, däribland tändare av ett eller flera angivna märken. Däremot finns det anledning att instämma i förarbetenas uttalande att särskild försiktighet måste iakttas, när en näringsidkare säljer såväl original- som icke original-produkter.[10]

Det nära sambandet med marknadsföringslagen bör särskilt påpekas. Förfaranden som strider mot reservdelsstadgandet i varumärkeslagen torde normalt också innefatta vilseledande om kommersiellt ursprung i strid mot generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § marknadsföringslagen (MFL), se härom kap. 6 ovan. En läderad näringsidkare har härigenom möjlighet att föra talan både enligt varumärkeslagen och enligt marknadsföringslagen. I det senare fallet blir det fråga om förbudstalan.[11]

Man bör också notera sambandet med marknadsföringslagens positiva syn på värdet av informationslämnande och möjligheter att föreskriva informationsskyldighet (3 § MFL). Från denna synpunkt är det fullt legitimt och närmast önskvärt att information lämnas om hur en vara passar att använda, förutsatt att uppgifterna är vederhäftiga. Å andra sidan kan även in-

10 Denna situation förelåg delvis i det i NIR 1969 s. 418 refererade VOLKSWAGEN-målet, se särskilt rådhusrättens domskäl på s. 422.

11 I fallet MD 1988:7, Briggs & Stratton, bedömdes i visst fall en marknadsförare av icke-originaldelar till motorgräsklippare, som i katalog till återförsäljare refererade till originaltillverkarnas produktnummer och varumärken, inte ha givit dessa en vilseledande utformning. Uppmärksamheten skall vidare fästas vid HD:s avgörande NJA 1989 s. 183 (NIR 1989 s. 76), Sodastream. Att utan varumärkeshavarens tillstånd fylla i kolsyra i behållare på vilka varumärket Sodastream var ingraverat har ansetts utgöra varumärkesintrång, se om fallet Karnell i JT 1989–90 s. 642 ff.

formation om en varas kommersiella ursprung krävas enligt 3 § MFL, förutsatt att detta bedöms vara av särskild betydelse från konsumentsynpunkt.[12] Även information om att en vara blivit t.ex. rekonditionerad kan krävas enligt detta stadgande.

7.3 Åberopande av annans varumärke vid parallellimport

De varumärkesrättsliga problem som knyter sig till parallellimport är mycket uppmärksammade.[13] Typsituationen är att utomstående näringsidkare köper in en märkesvara i den allmänna handeln utomlands, importerar denna och låter sälja den vidare i konkurrens med den återförsäljare i importlandet som står i avtalsförhållande med den utländske producenten av märkesvaran. Denne återförsäljare har vanligen ställningen av generalagent i betydelsen ensamåterförsäljare, normalt för importlandet som helhet. I fortsättningen talar jag därför om parallellimportören och generalagenten.

Typiskt är vidare att parallellimportören särskilt begagnar priset som konkurrensmedel i förhållande till generalagenten. Det brukar vara fråga om välkända märkesvaror, där en marknad för varan hunnit byggas upp. Många generalagenter, som har investerat stora belopp i marknadsföring och uppbyggnad av en säljorganisation för en i importlandet tidigare kanske helt obekant vara, har fått erfara att priskonkurrerande parallellimport tenderar att dyka upp just när marknadsinvesteringarna visat sig framgångsrika och generalagenten räknar med att nå en ekonomisk framgång som kompenserar tidigare nedlagda kostnader. Här bryter sig generalagentens och ofta även producentens intresse av goodwillskydd mot det allmänna intresse av priskonkurrens som parallellimporten tillgodoser.

Här skall endast rättsläget på varumärkesområdet behandlas. Genom

12 Om sambandet mellan marknadsföringslagen och känneteckensrätten, se kap. 5 ovan samt Pehrsons arbete. KO-praxis på området berörs av Pehrson, a. a. s. 341 f. Heidings uppfattning, att man på varumärkesrättslig grund skulle kunna kräva tydligt angivande av vem som tillverkat icke original-reservdelar, ter sig inte övertygande, Heiding, a. a. 1946 s. 49

13 Se bl.a. Bernitz, Internationell marknadsrätt, 2 uppl. s. 161 ff. med vidare hänv. Se för grundläggande analys och översikt bl.a. Blok, Patentrettens konsumtionsprincip, Khvn 1974, Pehrson, EG och immaterialrätten, 1985, dens. i TfR 1989 s. 497 ff., Levin, Noveller i varumärkesrätt, 1990 s. 105 ff., Koktvedgaard-Levin, Lärobok i immaterialrätt s. 308 ff.

EES-avtalet förs Sverige in i EG:s regelsystem på området. Detta innebär att parallellimport inte längre kan stoppas inom EES på patent- och märkesrättslig grund.[14] Hur EES-avtalet kan påverka rättsläget för varumärkesrättens del berörs i slutet av detta avsnitt.

Det ledande rättsfallet inom varumärkesrätten är det svenska POLYCOLOR-målet (NJA 1967 s. 458 = NIR 1968 s. 404).[15] Omständigheterna var i korthet följande.

> Den tyska Henkel-koncernen tillverkade bl.a. ett hårfärgningsmedel med varumärket POLYCOLOR. I Sverige innehade ett dotterbolag rätten till detta varumärke med den svenske generalagenten som licenstagare. I målet fördes talan om varumärkesintrång med stöd av 4 § 1 st. varumärkeslagen mot en parallellimportör, som köpte POLYCOLOR-preparat på den tyska marknaden och sålde dem vidare i Sverige. Högsta domstolen fann, att Henkels rätt till varumärket POLYCOLOR hade konsumerats även i Sverige genom att POLYCOLOR-preparaten lagligen släppts ut på den tyska marknaden.

Högsta domstolen gjorde härvid ett principuttalande:

> Av allmänna varumärkesrättsliga grundsatser följer, att en fabrikant, som försett sina varor med sitt varumärke och fört ut dem på marknaden, ej kan hindra att varorna vid vidareförsäljning inom landet tillhandahålles under det av fabrikanten åsatta märket. Detsamma får anses vara fallet även när varan införes och vidareförsäljes i annat land, där fabrikanten åtnjuter skydd för sitt varumärke, i allt fall om varan till sin beskaffenhet överensstämmer med de varor som i detta land tillhandahålles under varumärket. I enlighet med vad som uttalats under förarbetena till varumärkeslagen bör i fråga om registrerat varumärke motsvarande gälla även när annan än fabrikanten registrerat varumärket i importlandet och kan sägas inneha registreringen såsom representant för fabrikanten eller eljest på dennes vägnar. Detsamma bör gälla även när varumärkeshavaren på grund av koncernförhållande eller eljest intar en helt osjälvständig ställning till fabrikanten.

Som framgår innefattar Högsta domstolens uttalande vissa reservationer avseende situationer, där det fortfarande kan vara aktuellt att bedöma pa-

14 Prop. 1992/93:48 (EES-avtalet och immaterialrätten), bl.a. s. 35 ff.

15 I Finland föreligger FELICA-målet ang. parallellimport av kameror, NIR 1969 s. 96 f. Utgången i fallet, som i och för sig avgjordes enligt den äldre varumärkesförordningen, ligger i linje med POLYCOLOR-målet. – Ang. norsk rätt, se Gundersen-Bernitz, Norsk og internasjonal markedsrett, Oslo 1977 s. 466 ff. och NIR 1987 s. 381, avgörande i Oslo byrett ang. Levi Strauss.

rallellimport såsom varumärkesintrång.[16] Här märks fallet att det finns kvalitetsskillnader eller andra egenskapsolikheter mellan de varor som generalagenten respektive parallellimportören tillhandahåller under varumärket.[17] Ett annat fall föreligger när varumärkeshavaren i importlandet måste betraktas som självständig i förhållande till varumärkeshavaren i exportlandet, och man därför inte kan se situationen så att varumärkesrätten konsumerats också i importlandet genom att varan lagligen märkt släpps ut på marknaden utomlands. Såsom påpekats i doktrinen bör man däremot inte inläsa någon begränsning av rättsfallets räckvidd till att avse »fabrikanter».[18] Även om det inte framstår såsom helt klart, varför Högsta domstolen i sin domsmotivering använt uttrycket »fabrikant», finns det inget skäl till att rättsläget skulle vara annorlunda om en annan näringsidkare, t.ex. en distributör, är varumärkeshavare och har lagligen märkt varan utomlands innan den släppts ut på marknaden. I typfallet är det visserligen fråga om en fabrikant, men numera är det inte ovanligt t.ex. att varor tillverkas efter specifikationer fastställda av en distributör.

Räckvidden av de antydda undantagen är emellertid starkt begränsad praktiskt sett. Normalt innefattar inte parallellimport något varumärkesintrång. Härmed är emellertid inte problemet parallellimport kontra varumärkesrätt uttömt. En mycket intressant fråga är nämligen i vilken utsträckning parallellimportören eller en näringsidkare som köpt märkesvaran genom honom får åberopa sig på varumärket vid marknadsföring eller i övrigt utnyttja sig av detsamma. Också här ger POLYCOLOR-målet vägledning. I detta fall hade nämligen parallellimportören försett de av honom importerade förpackningarna, som innehöll en bruksanvisning på tyska, med en av honom eftergjord bruksanvisning för hårfärgningspreparatet på svenska. På denna bruksanvisning anbringade parallellimportören själv varumärket POLYCOLOR i motsvarande utförande. I denna del fälldes han av Högsta domstolen för varumärkesintrång. Högsta domsto-

16 POLYCOLOR-målet har bl.a. analyserats av Holmqvist, Degeneration of Trademarks, 1971 s. 316 f., Blok a. a. s. 189 f., Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt s. 312 ff., dens., EG och immaterialrätten s. 59 f., 72, Levin, Noveller i varumärkesrätt s. 149 ff.

17 EG-domstolens mycket kritiserade första avgörande ang. Kaffee Hag (mål 192/73), där domstolen bortsåg från påtagliga kvalitetsskillnader, starkt modifierats av det senare avgörandet Kaffee Hag II (mål 10/89). Se (1974) 2 C.M.L.R. 127 resp. (1990) 3 C.M.L.R. 571. Om fallet bl.a. Pehrson, EG och immaterialrätten s. 65 ff., allmänt om kval

18 Pehrson, a. a. s. 312 f. Grundläggande ang. bedömningen av gemensamt ursprung är numera det i not 17 nämnda fallet Kaffee Hag II.

len uttalade härvid följande:

> Av 4 § varumärkeslagen framgår att rätten till varumärke bl.a. innebär att annan än märkeshavaren icke må i näringsverksamhet använda varumärket på sina varor eller förpackningar till dessa. Såsom förut anförts följer visserligen av allmänna varumärkesrättsliga grundsatser att den som vidareförsäljer varor, vilka av fabrikanten försetts med varumärke, är berättigad tillhandahålla varan under det av fabrikanten åsatta märket; har varan av fabrikanten inlagts i märkt förpackning, får den vid vidareförsäljning tillhandahållas i denna. Vidareförsäljare bör även äga rätt att på övligt sätt använda märket exempelvis i annonser och annan reklam för varan. Däremot kan han normalt icke anses äga rätt att själv förse varan eller dess förpackning med varumärket. Det innebär alltså i regel varumärkesintrång om han t.ex. märker varan på nytt eller anbringar varumärket på en av honom själv anskaffad förpackning.

Högsta domstolen har alltså slagit fast, att det föreligger varumärkesintrång när en vidareförsäljare själv märker varan på nytt eller anbringar varumärket på en av honom själv anskaffad förpackning. Hade däremot parallellimportören inte försett sina bruksanvisningar med originalvarumärket utan endast nämnt att dessa avsåg POLYCOLOR hårfärgningsmedel, hade han tydligen blivit frikänd.

Den grundsats som Högsta domstolen uttalat synes inte vara ett utflöde av principen om varumärkesrättens konsumtion utan bygga på en analys av vad som är varumärkesanvändning. Man finner stor parallellitet med de överväganden som ligger bakom det ovan under 7.2 behandlade reservdelsstadgandet. Avgörandet ligger sålunda i linje med Högsta domstolens ställningstagande i det där berörda fallet angående försäljning av icke original-delar till MC CORMICK och DEERING lantbruksmaskiner (NJA 1936 s. 118 = NIR 1936 s. 134). Domstolarna fann här att reservdelsförsäljaren gjort sig skyldig till varumärkesintrång bl.a. genom att sälja varorna förpackade i kartonger märkta MC CORMICK eller DEERING. I domskälen framhölls, att orden anbragts i tydligt framträdande tryck och att texten och kännetecknen i övrigt inte var av beskaffenhet att betaga orden MC CORMICK och DEERING utseendet av varumärken. En liknande bedömning gjordes i fråga om dessa ords användning i reservdelsförsäljarens prislistor och kataloger över reservdelar.[19]

Den rättsprincip som kommit till uttryck i de berörda målen kan ut-

19 Avgörandena ang. VOLKSWAGEN (NIR 1969 s. 418) uttrycker ingen annan bedömningsprincip men ter sig inte lika pregnanta.

tryckas så att det endast är varumärkeshavaren eller den som har dennes samtycke som har rätt att märka varan eller dess emballage etc. med varumärket eller över huvud att använda märket i en varumärkesfunktion. *Rätten att märka varan med varumärket är en självständig befogenhet som tillkommer varumärkeshavaren.*[20] En utomstående, som ompackar inköpta varor, t.ex. packar inköpt parfym i nya flaskor, har aldrig rätt att utan tillstånd själv förse förpackningar etc. med varumärket. Detta framgår redan av NJA 1913 s. 247, COLLAN-olja.[21] Den nära till hands liggande invändningen, att det rör sig om »äkta vara» som är densamma som den varumärkeshavaren låter sälja själv, godtas ej av rättsordningen. Skälet härtill synes främst vara att varumärkets primära funktion är att ange det kommersiella ursprunget och att det måste vara varumärkeshavarens sak att avgöra vad som skall säljas under varumärket. Det svenska rättsläget torde överensstämma inte bara med vad som gäller i det övriga Norden utan även med vad som allmänt gäller bl.a. i EG-länderna.[22]

20 Härom särskilt Beier i IIC 1979 s. 20 ff., särskilt s. 51, se även Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt s. 327.

21 Härtill Heiding, a. a. 1946 s. 43 not 1 med hänv. Denna ståndpunkt har också intagits av tyska Bundesgerichtshof och dess föregångare, som haft att bedöma denna typ av fall, Beier i IIC 1979 s. 22 ff., se även Baumbach-Hefermehl, Warenzeichenrecht, 11 Aufl. 1979 s. 569 ff. 583 f.

22 Detta framgår tydligt av Beiers komparativa studie av frågan, IIC 1979 s. 20 ff. där även POLYCOLOR-målet behandlas (s. 44 f.).

EG-domstolen har haft att ta ställning till frågan bl.a. i ett mål där en holländsk parallellimportör ompackat läkemedlet VALIUM ROCHE tillverkat av den schweiziska läkemedelsproducenten Hoffman-La Roche (mål 102/77). I detta mål åberopades bl.a. det svenska POLYCOLOR-avgörandet. EG-domstolen anslöt sig i och för sig till den ovan angivna rättsgrundsatsen och uttalade:

»The proprietor of a trade-mark right which is protected in two Member States at the same time is justified pursuant to the first sentence of Article 36 of the EEC Treaty in preventing a product to which the trade-mark has lawfully been applied in on of those States from being marketed in the other Member State after it has been repacked in new packaging to which the trade-mark has been affixed by a third party.»

Domstolen uppluckrade dock med stöd av art. 36 Romfördraget principen för att komma till rätta med fall av förtäckt, konkurrensbegränsande marknadsuppdelning mellan olika EG-länder. Den uttalade att varumärkeshavarens utnyttjande av sin befogenhet att hindra import av ompackade varor kan komma i konflikt med Romfördraget (art. 36) om följande fyra villkor är uppfyllda:

»– It is established that the use of the trade-mark right by the proprietor, having regard to the marketing system which he has adopted, will contribute to the artificial partitioning of the markets between Member States:

– It is shown that the repackaging cannot adversely affect the original condition of the

En särskild aspekt är i vad mån en annan näringsidkare har rätt att återanvända märkt emballage (lådor, flaskor etc.). Det utgör en kränkning av varumärkesrätten om en näringsidkare utan tillstånd av varumärkeshavaren använder märkt emballage för sina egna varor.[23] Däremot får konsumtionen av varumärkesrätten också anses innefatta emballage och liknande försett med varumärket. Att t.ex. en parallellimportör återanvänder lagligen märkt emballage för samma, lagligen märkta vara torde inte utgöra varumärkesintrång. Läget är dock som framgått ett annat om han låter märka om varan eller själv låter märka emballaget.

Såsom Högsta domstolen uttalat, får en parallellimportör eller annan vidareförsäljare använda en fabrikants varumärke »på övligt sätt» i t.ex. annonser och annan reklam för varan. »Övligt» synes här betyda sedvanligt, i överensstämmelse med god sed. Rättsprincipen har uppenbarligen en bred räckvidd, som inbegriper konkurrenter och andra näringsidkare. Utgångspunkten för bedömningen synes böra vara intresset av att omtala i reklam varifrån den sålda varan härrör och hur den kan användas. Självfallet får parallellimportören omtala i sin annonsering att han säljer varor av visst märke. Däremot får inte varukännetecken som tillhör andra, t.ex. utländska varumärkeshavare eller inhemska generalagenter, användas så att de framstår som användarens egna eller så att de antyder ett kommersiellt samband med varumärkeshavaren. Härutöver måste krävas att åberopandet även i övrigt sker på ett sätt som varumärkesrättsligt sett är godtagbart.[24]

Parallellimportörer och deras vidareförsäljare begår i regel varumärkesintrång i den mån de utan tillstånd i sin egen marknadsföring använder sig av varumärkesrättsligt skyddade logotyper, figurmärken, skyltar, dekaler, slogan, utstyrslar etc. som tillhör den utländske varumärkeshavaren eller inhemske generalagenten. Normalt synes endast ett neutralt återgivande av ordmärket utgöra en tillåtlig, »övlig» användning. Detta framgår såväl

product:

– The proprietor of the mark receives prior notice of the marketing of the repackaged product: and

– It is stated on the new packaging by whom the product has been repacked.»

Se vidare bl.a. Pehrson, Varumärken från konsumentsynpunkt s. 325 ff., dens., EG och immaterialrätten s. 71 ff., dens., i TfR 1989 s. 525 f. EG-domstolen har i några rättsfall på läkemedelsområdet godtagit ompackning, uppenbarligen för att möjliggöra en parallellimport som ansetts önskvärd.

23 Se särskilt Nial i Festskrift tillägnad Gösta Eberstein, 1950 s. 212 ff.

24 Se härtill resonemanget ang. framkallande av degenerationsfara nedan i avsnitt 7.5.

av domarna i POLYCOLOR- och MC CORMICK-målen som av förarbetsuttalanden till det ovan berörda reservdelsstadgandet, där det sägs:

> I intet fall bör det vara tillåtet att återgiva vederbörande kännetecken i sådan speciell utformning som den innehavaren själv plägar använda, utan återgivandet – i allmänhet är här endast fråga om ordmärke – måste ske helt neutralt, dvs. som regel med bokstäver av samma stilart och storlek som övrig text å förpackningen eller det reklamalster varom är fråga.[25]

Betydelsen av den nu angivna regeln bör understrykas. I praktiken förefaller det inte vara ovanligt att parallellimportörer relativt fritt kopierar eller eljest utnyttjar sig av varumärkeshavarens välkända logotyper, skyltutstyrslar m.m. Häremot kan alltså ingripande ske på varumärkesrättslig grund, förutsatt att det inte föreligger medgivande, eventuellt ett underförstått sådant, eller passivitet. Det kan t.ex. vara otillåtet att en parallellimportör av bilar utan tillstånd skyltar med bilmärkets särskilda kännetecken, t.ex. ett välkänt kylarmärke.

Det kan även vara fråga om intrång i kollektivmärke. Ett exempel härpå är att parallellimportören använder en branschorganisations kännetecknensrättsligt skyddade emblem utan att vara medlem eller eljest ha tillstånd härtill.

I NJA 1988 s. 543 (= NIR 1989 s. 233), LEVIS fälldes en parallellimportör för varumärkesintrång, som hade utsänt postkort, vars ena sida upptogs av Levis välkända figurmärke för jeans. HD framhöll att det bör vara tillåtet att låta varumärket komma till synes i samband med att själva varan exponeras i reklamsammanhang men att en parallellimportör inte får tillgodogöra sig märkets goodwill för den egna rörelsens del genom att denna sammankopplas med varumärket.[26]

Parallellimportörers annonsering innefattar många gånger också otillbörlig marknadsföring. Ett typexempel är att parallellimportören anknyter till generalagentens service eller marknadsföring i övrigt på ett sätt som vilseleder konsumenterna. Dessa kan exempelvis ges ett felaktigt intryck av att de efter köp hos parallellimportören har tillgång till garantier och servicemöjligheter som i själva verket endast står öppna för den som köpt genom generalagenten.[27] Det torde heller inte vara ovanligt att konsumen-

25 SOU 1958:10 s. 244. Se även Koktvedgaard-Levin, Lärobok i immaterialrätt s. 310.

26 Liknande avgöranden i Danmark UfR 1983 s. 923 S = NIR 1987 s. 358, LEYLAND, i Norge NIR 1987 s. 381, LEVI STRAUSS, Nordell i NIR 1992 s. 494 ff.

27 Jfr resonemanget ang. vilseledande om förekomsten av garanti i motiven till reserv-

terna vilseleds om egenskapsskillnader, reservdelshållning m.m. genom att parallellimportören inte informerar om olikheter i förhållande till generalagenten. Som praktiskt exempel kan nämnas att de modeller som parallellimportören tillhandahåller inte helt överensstämmer med de, för importlandet eventuellt särskilt anpassade, modeller som säljs genom generalagenten. Man kan också erinra om fall där parallellimportören överdriver sin kompetens m.m. genom att obefogat utge sig för »specialist» eller liknande på märkesvaran i fråga. Närliggande är situationer där parallellimportören felaktigt utger sig för att vara auktoriserad återförsäljare och liknande.[28] Remediet är i alla dessa fall marknadsföringslagstiftningens regler om otillbörlig marknadsföring och informationsskyldighet (i Sverige 2 och 3 §§ MFL). Det torde bl.a. vara möjligt att med stöd av 3 § MFL ålägga en parallellimportör att informera konsumenterna om skillnader i kvalitet, servicemöjligheter m.m. av betydelse.

Vägledande för tillämpningen av marknadsföringslagen torde vara den i Grundregler för reklam antagna tillämpningsregeln om parallellimport. Däri framhålls att reklam för parallellimporterade varor inte får skapa missförstånd hos konsumenterna om varans egenskaper eller den service som tillhandahålls.[29]

En viktig och omdiskuterad fråga har varit i vad mån EES-avtalet kommer att innebära en ändrad syn på tillåtligheten av parallellimport från varumärkesrättslig synpunkt. Propositionen om ändringar i immaterialrättslagstiftningen i anledning av EES-avtalet utgick från uppfattningen att Sverige inte längre skulle tillämpa principen om global konsumtion inom varumärkesrätten utan övergå till en ordning med endast EES-vid konsumtion. Detta skulle ha gjort det möjligt att stoppa parallellimport från t.ex. USA på varumärkesrättslig grund. Riksdagen ändrade emellertid propositionsförslaget på denna punkt, vilket innebär att det rättsläge som lagts fast genom Högsta domstolens avgörande i POLYCOLOR-målet tills vidare består.[30] Rättsläget kan emellertid komma att ändras genom

delsstadgandet, SOU 1958:10 s. 244 överst.

28 Se 5.4.1 ovan med hänv. till KO-avgörande ang. »Renault-specialisten» och Pehrson a. a. s. 341 samt Konsumentverkets rapport Auktorisation och konsumentskydd (1978:8) s. 70 ff. I MD 1985:6, LOVENA förbjöds en parallellimportör av rakvattnet Brut 33 att använda förpackningar märkta »Generalagent AB Lovena Malmö», eftersom detta felaktigt gav konsumenterna föreställningen att Lovena hade något att göra med verksamheten.

29 Regeln togs på finskt initiativ in i 1987 års version av Grundreglerna. Se Pokela-Tiili i NIR 1982 s. 423 ff.

30 Prop. 1992/93:48 s. 87 ff., lagutskottets betänkande 1992/93:LU 17 s. 5 ff.

rättsutvecklingen inom EG, framför allt ett ställningstagande av EG-domstolen. Man får också räkna med att den fortsatta svenska rättsutvecklingen vad gäller närmare ställningstaganden till tillåtna och otillåtna former av parallellimport kommer att ske med noga beaktande av EG-rätten.

7.4 Åberopande av annans varumärke vid jämförelser

Tillåtligheten av jämförelser i reklam har varit omdiskuterad. När varumärkeslagen kom till 1960 byggde ännu Internationella Handelskammarens Grundregler för god reklam (kap. II p. 2) på uppfattningen att »direkt jämförelse med konkurrerande märkesvara, med visst företag eller med viss tjänst (bör) undvikas». En omsvängning i den svenska synen på jämförelser skedde emellertid i Näringslivets Opinionsnämnds praxis under 1960-talet under intryck av konkurrensfrihets- och konsumentskyddssynpunkter. En motsvarande omsvängning har skett i övriga nordiska länder. Det nya synsättet har kommit till klart uttryck i förarbetena till den svenska marknadsföringslagen av 1970. Där framhålls att alla typer av jämförelser i princip är tillåtna, förutsatt att jämförelserna är vederhäftiga. Detta gäller också »direkta jämförelser med namngivna konkurrerande företag och av dem utbjudna varor och tjänster». Belysande är följande uttalande av departementschefen »för egen del»:

> »För konsumenterna kan en korrekt utförd jämförelse vara av stort värde som vägledning vid valet mellan olika varor och tjänster. Att som led i en jämförelse lämna negativa upplysningar om de varor och tjänster som en konkurrent tillhandahåller synes inte kunna betraktas som otillbörligt mot denne, så länge det sker i korrekta former.»[31]

Dessa uttalanden har lagts till grund för marknadsdomstolens praxis på området.[32] Det bör dock betonas att i vederhäftighetskravet inte bara ligger att en jämförelse skall vara korrekt utan också att den skall vara repre-

31 Prop. 1970:57 s. 70, se även Otillbörlig konkurrens (SOU 1966:71) s. 100 Norberg i NIR 1966 s. 77 ff., Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring, 1970 s. 150 ff., Svensson-Stenlund m.fl., 5 uppl. s. 142 ff.

32 Se särskilt MD 1974:16, Linnéa, MD 1977:8, Expressen, MD 1977:13, Svenska BP.

sentativ, dvs. ge en rättvisande totalbild av det jämförda. Jämförelser får heller inte vara onödigtvis misskrediterande. I praktiken uppställer marknadsdomstolen stränga vederhäftighetskrav.

Omsvängningen har också kommit till klart uttryck i Grundregler för reklam,[33] som numera (6 ed. av 1987) i art. 5 under rubriken Jämförelser ger följande regel.

> Jämförande reklam skall vara så utformad, att jämförelsen i dess helhet inte är ägnad att vilseleda, och skall vara förenlig med god sed i konkurrensen näringsidkare emellan. De olika elementen i jämförelsen skall vara utvalda på ett rättvisande sätt.

En liknande omsvängning i synen på jämförelser i reklam har skett på många håll i Västeuropa. Bl.a. västtysk rätt, där problematiken ofta varit under bedömning i domstolsprocesser, förefaller dock ännu i huvudsak stå kvar vid tidigare uppfattning att i vart fall direkta jämförelser i reklam med namngivna konkurrentvarumärken är »grundsätzlich unzulässig».[34] Bakom omsvängningen i övrigt ligger att korrekt utförda jämförelser ofta kan ge konsumenterna värdefull information och kan verka konkurrensfrämjande.

Ser man härefter på den varumärkesrättsliga bedömningen, har det svenska rättsläget sedan gammalt inneburit att jämförelser med angivande av annans varumärke i sig varit tillåtna. Här märks särskilt de gamla SALUBRIN-målen (NJA 1907 B 350 och 351). Där godtogs bl.a. en jämförelse av läkare på flasketikett, enligt vilken LAZAROL var tre à fyra gånger starkare anticeptiskt än SALUBRIN; det sistnämnda ett varumärke för annan.[35] Vid 1930 års omfattande ändringar och utbyggnad av den dåvarande varumärkeslagen avvisade både Hjertén såsom sakkunnig och departementschefen propåer om att fullt sanningsenliga jämförelser med användande av annans varumärke skulle anses i sig innefatta varumärkesintrång.[36] Vid tillkomsten av 1960 års varumärkeslag kom frågan åter upp. Varumärkes- och firmautredningen uttalade:[37]

33 Detta skedde redan i 1966 års edition, som saknade en särskild regel om jämförelser utan förde in dessa under det allmänna vederhäftighetskravet. I 1973 års edition återinfördes en särskild regel i ämnet.

34 Se för en komparativ översikt Schricker i IIC 1977 s. 204 ff., Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12 Aufl. 1978 s. 591 ff., 631 ff.

35 Heiding a. a., 1946 s. 42.

36 Prop. 1930: 215 s. 9 f. Heiding a. a., 1946 s. 41 f.

37 SOU 1958: 10 s. 237 f.

> Det förekommer dock i s.k. jämförande reklam att näringsidkare anställer jämförelse mellan den egna varan och vissa andra konkurrerande varor. Om därvid annans varukännetecken åberopas, behöver detta icke i och för sig innebära att ensamrätten till detta kränkes. För att det ur varumärkessynpunkt skall vara tillåtet att i en jämförelse hänföra sig till annans varukännetecken, måste det emellertid ske på sådant sätt att icke den som tar del av reklamen uppfattar kännetecknet såsom åsyftande annonsörens varor. Med hänsyn till att faran för misstag i nu berörda situation måste anses förhållandevis stor, böra stränga krav upprätthållas i nu nämnda avseende.

Utredningen anförde fortsättningsvis bl.a.:

> Det förekommer någon gång, att näringsidkare åberopar annans varumärke i föregiven avsikt att angiva vad slags vara han tillhandahåller. t.ex. 'likör av BENEDICTINE-typ'. Ett sådant förfarande torde i allmänhet icke uppbäras av något lojalt eller legitimt intresse. Det är vidare tänkbart, att någon vid tillhandahållande av viss vara jämte sitt eget varukännetecken begagnar annans skyddade kännetecken som om detta vore en allmän beteckning för varan. Att begagna annans kännetecken i nu angivna fall är enligt förslaget att anse som kännetecknsanvändning i strid med ensamrätten.

Departementschefen anslöt sig i huvudsak till utredningens varumärkesrättsliga bedömning. Han avvisade en propå från en remissinstans att man borde bedöma reklam av typen »Vår tandkräm XYZ har exakt samma sammansättning som STOMADONT men är 25 öre billigare» såsom varumärkesintrång.[38]

Förarbetsuttalandena kan betraktas som preciseringar av etablerade varumärkesrättsliga principer. Åberopande av annans varumärke vid jämförelse måste ske på ett sådant sätt att inte den som tar del av reklamen uppfattar kännetecknet såsom åsyftande annonsörens varor. Det utgör *ej* godtagbar jämförande reklam att åberopa annans varumärke för att ange vad slags vara man tillhandahåller. Det innefattar varumärkesintrång att utan tillstånd begagna annans varumärke på sådant sätt, liksom över huvud att begagna annans skyddade varumärke såsom en allmän varubeteckning. Här måste särskild hänsyn tas till degenerationsrisken.

Numera torde man ha anledning att se delvis annorlunda än vid varumärkeslagens tillkomst 1960 på spörsmålet, under vilka förutsättningar det finns fog att anta att den som tar del av i reklam åberopade varumärken

38 Prop. 1960:167 s. 70, jfr s. 65. Se vidare Norberg i NIR 1966 s. 88, Bernitz-Modig-Mallmén, a. a. 1970 s. 163.

verkligen uppfattar dessa såsom åsyftande annonsörens egna varor. Direkta jämförelser i reklam med konkurrenters produkter och priser, där konkurrenternas varumärken nämns, är numera väsentligt vanligare än förr och utgör som framgått en godtagen marknadsföringsmetod, förutsatt att den tillämpas tillbörligt. Det finns därför inte samma anledning som vid varumärkeslagens tillkomst att räkna med att det skulle föreligga någon speciell fara för att konsumenterna missförstår dylika jämförelser på så sätt att de skulle avse märken tillhöriga samma tillverkare. Enligt min uppfattning är varumärkes- och firmautredningens uttalande att »stränga krav måste upprätthållas» vid tillåtande från varumärkessynpunkt av direkta jämförelser »med hänsyn till faran för misstag» numera alltför kategoriskt med hänsyn till rättsutvecklingen. Om jämförelsen faktiskt är ägnad att framkalla förväxling eller föreställningen att ett kommersiellt samband är för handen, föreligger emellertid varumärkesintrång. Det torde då normalt också vara fråga om vilseledande om kommersiellt ursprung i strid mot 2 § MFL. Såsom påpekats i anslutning till reservdelsstadgandet ger detta en läderad näringsidkare alternativa talemöjligheter.

Det finns däremot fortfarande goda skäl att se strängt på åberopande av konkurrenters varumärken i situationer, där jämförelsemomentet är uttunnat eller närmast obefintligt och det i realiteten är fråga om att ge sken av något slags anknytning till ett konkurrentmärke, snylta på dettas renommé eller utnyttja detta som en allmän varubeteckning. Motiven till varumärkeslagen ger exemplet »likör av BENEDICTINE-typ».[39] Sådana uttryck som »Ersättning för», »System» eller »à la» i förbindelse med ett skyddat ordmärke får fortfarande i regel betraktas som ägnade att framkalla förväxling eller ge sken av ett kommersiellt samband och kan därför inte begagnas.[40] Här saknas de sakligt befogade intressen att åberopa annans varumärke som t.ex. normalt gör det tillåtligt för den som marknadsför icke original-delar att omtala att de »passar för» ett visst märke, »kan kopplas till» detta eller liknande.[41]

39 SOU 1958: 10 s. 237.

40 Heiding a. a. 1979 s. 54 f., se även Heiding a. a. 1946 s. 41 ff., med fyllig redovisning av äldre praxis.

41 I det i 7.2 nämnda fallet MD 1988:7, Briggs & Stratton godtog marknadsdomstolen hänvisningar av typ »Replaces B&S».

I hovrättsavgörandet NIR 1991 s. 502, Byggis har det inte ansetts utgöra varumärkesintrång att annonsera: »Svenska Byggis... är kombinerbar med andra byggsystem, typ Lego». Byggis ansågs ha ett befogat intresse av att i sin reklam kunna tala om att företagets klotsar passade till konkurrerande produkter av samma typ.

Man kan för närvarande iaktta en tendens i annonsering att öppet beteckna varor såsom *kopior* av andra. Ofta är det fråga om välkända modevaror inom textil- och skoindustrin, möbler m.m. Man kan t.ex. finna annonser av typen »GARY-kopia, pris endast 299 kr.» eller »LA COSTE-insp. tröja 98 kr.». Här skall inte behandlas frågan om kopieringens tillåtlighet i och för sig, vilken kan vara tveksam, utan endast den varumärkesrättsliga aspekten. Annonsering av typen »GARY-kopia» utgör enligt min uppfattning i regel varumärkesintrång. Situationen är nära jämförbar med »Likör av BENEDICTINE-typ». Det är inte fråga om en jämförelse utan om ett utnyttjande av en konkurrents varumärke för att beskriva slaget av vara. Så är även fallet när ordet *modell* används, t.ex. »jacka av CATALINA-modell».[42] För övrigt torde det i hithörande fall inte sällan föreligga otillbörlig marknadsföring genom att man vilseleder om kvalitet och egenskaper hos efterbildade produkter av enklare material och utförande.

Av vikt vid resonemang om sakligt befogade intressen av att åberopa annans varumärke är att se på de skäl att hindra åberopande som varumärkeshavaren kan ha. Varumärkeshavaren har inte bara intresset av att hindra förväxling eller felaktiga föreställningar om kommersiellt samband utan också av att hindra att märket används som en allmän varubeteckning. I nordisk doktrin har denna aspekt särskilt framhållits av Holmqvist. Han understryker den betydelse som ett konsekvent upprätthållande av regeln i 4 § VmL har för innehavarna av särskilt kända varumärken när det gäller att hindra degeneration och »dilution» (urvattning) av dylika varumärken genom att de utan tillstånd åberopas i andra företags marknadsföring.[43]

> The obvious defence against alleged infringement in such cases is to state that the trade mark is used to denote the *kind* of goods instead of suggesting goods of the same commercial origin as the trade mark owner's. Under Nordic law this argument will not save the defendant, however, for such use is a fortiori to be regarded as infringement of the trade mark right because it tends to destroy the distinctiveness altogether.[44]

Denna aspekt ter sig betydelsefull inte minst i de senast behandlade fallen där ett varumärke åberopas för att beteckna en typ av vara, ett system eller

42 Försäljning av falskmärkta kopior av välkända märkesvaror utgör varumärkesintrång även om de anges vara kopior, NIR 1990 s. 466, La Copie. Se vidare Pehrson i NIR 1989 s. 530 f.

43 Holmqvist, Degeneration of Trade Marks, 1971 s. 316 f. Holmqvist hänvisar främst till POLYCOLOR-målet och det danska TERYLENE-målet, UfR 1961 s. 699 (SHD).

44 Holmqvist, a. a. s. 317.

en kopia. Bedömningsprinciperna har kommit till tydligt uttryck i ROLLS-målet.

7.5 ROLLS-målet

Fakta i detta mål var i korthet följande.[45] Olle Olsson Bilimport AB i Uppsala (här benämnt Olssonbolaget) var svensk generalagent för det japanska bilmärket Mazda. Under senare delen av 1978 och början av 1979 genomförde Olssonbolaget en reklamkampanj för bilmodellen Mazda 929 Legato. I denna reklamkampanj, som var inriktad på att framhäva de kvalitativa egenskaperna hos denna bilmodell, betecknades Mazda 929 Legato som »*Familjens nya Rolls*». Denna text fanns återgiven på framträdande sätt i broschyrer och tidningsannonser för Mazda-bilen, på s.k. mobiler för upphängning i taket i försäljningslokaler samt på remsor avsedda att klistras på bilbakrutor, s.k. dekaler. Mobiler och dekaler hade texten Mazda 929 Legato – Familjens nya Rolls. I broschyrer och annonser åtföljdes sloganet »Familjens nya Rolls» av formuleringen »Familjebil med lyxbilskomfort till Mazdapris».

Rolls-Royce Motors Ltd stämde Olssonbolaget till Uppsala tingsrätt för varumärkesintrång i det registrerade varumärket ROLLS och anförde bl.a.: Genom de beskrivna åtgärderna har Olssonbolaget använt ROLLS, som är en kodform av ROLLS-ROYCE, på ett sådant sätt att vissa delar av den köpande allmänheten kunde få intrycket av att det förelåg ett kommersiellt samband mellan Rolls-Royce Ltd och Mazda. En sådan missuppfattning kunde lätt uppstå eftersom ett samarbete förekommer till exempel mellan British Leyland och det japanska bilföretaget Honda. ROLLS har vidare åberopats som ett uttryck för högsta lyx för Mazda, vilket skadat kännetecknets goodwillvärde samtidigt som risk för s.k. urvattning eller degeneration uppkommit.

Olssonbolaget vitsordade de faktiska förhållandena och hänvisade framför allt till att Konsultbyrån för Marknadsrätt tillfrågats före kampanjen och därvid i ett yttrande bedömt vissa påtalade formuleringar såsom en tillåten jämförande reklam.

Tingsrätten dömde Olssonbolaget att betala skadestånd med yrkade 50.000 kr. samt förordnade att alla trycksaker, mobiler, remsor och annat

45 Referat i NIR 1981 s. 421 ff.

reklammaterial, som innehöll formuleringen »Familjens nya Rolls» och som befann sig i Olssonbolagets besittning eller under dess kontroll, skulle förstöras. Domen vann laga kraft.

Olssonbolaget sökte som nämnts göra gällande till sitt fredande att det skulle vara fråga om jämförande reklam. Det ter sig emellertid orimligt att påstå att en text av slogankaraktär såsom »Mazda 929 Legato – Familjens nya Rolls» skulle utgöra en jämförelse. Här görs över huvud ingen jämförelse mellan egenskaper, priser eller annat mellan de två bilmärkena. Det är fråga om ett typiskt åberopande av ett särskilt välkänt bilmärke i uppenbart syfte att ge den egna produkten en air av högklassighet. Liksom man i tysk rätt skiljer mellan »vergleichende Werbung» och »anlehnende Werbung» måste man skilja på jämförande reklam och renommésnyltning.[46] Broschyrerna gav i och för sig information om Mazda 929 Legato, men var till ingen del utformade såsom någon jämförelse med andra konkurrerande bilfabrikat, vare sig i fråga om prestanda, ekonomi, pris eller annat. Visserligen fanns i trycksakerna rubriken »Ekonomibilen med finesser som bara brukar finnas i lyxbilar», men den anslutande texten var inte så utförd att man kunde tala om någon genomförd jämförelse mellan Mazda 929 Legato och »lyxbilar». Än mindre var det fråga om en direkt jämförelse mellan Mazda-bilen och ROLLS-ROYCE. För övrigt hade den framträdande rubriken »Familjens nya Rolls» föga täckning i det efterföljande innehållet i trycksakstexterna.

Över huvud torde något legitimt intresse från Olssonbolagets sida att åberopa ROLLS i ifrågavarande reklamkampanj knappast kunna påvisas. En kampanj på temat att Mazda 929 Legato från vissa synpunkter skulle vara jämförlig med en lyxbil hade uppenbarligen kunnat utformas utan åberopande av märket ROLLS eller liknande märken. Motsvarighet saknas även till de legitima intressen av ett åberopande av annans varumärke som ofta föreligger vid marknadsföring av reservdelar, tillbehör och liknande (se 7.2 ovan).

När en bil i en reklamkampanj på ett framträdande sätt som här skedde lanserats såsom »Familjens nya Rolls» kan det ligga nära till hands för köparna/konsumenterna att uppfatta detta så att bilen har något slags kommersiellt samband med ROLLS. I sina domskäl åberopade dock tingsrätten i första hand degenerationsrisken. Domstolen torde här ha beaktat effekterna i stort av att ROLLS åberopas utan tillstånd i skilda företags reklam för sina varor i syfte att söka förläna dessa status eller »lyximage». I

46 Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 12 Aufl. 1978 s. 705.

målet anförde Rolls-Royce ett stort antal exempel på fall där så skett i Sverige. Ett företag som Rolls-Royce har också anledning att vara vaksamt på denna punkt och ta tillvara sina legala möjligheter att ingripa mot otillåtna åberopanden. Det är med all rätt som tingsrätten tillmätte kärandens intresse av skydd mot degenerationsrisken särskild vikt.

Intressant är att rätten dömde ut det yrkade skadeståndet på 50.000 kr. med stöd av en skälighetsbedömning enligt 35:5 rättegångsbalken. I domsmotiveringen framhölls att vid bestämmandet av skadeståndets storlek måste särskilt beaktas reklamkampanjens omfattning, varukännetecknets höga renommé och starka inarbetning samt dess stora känslighet för angrepp. Svaranden hade vitsordat högst 10.000 kr. såsom skäligt. Beloppet 50.000 kr. ter sig i och för sig inte högt, men i beaktande av svenska domstolars ofta överförsiktiga skadeståndsberäkning i immaterialrättsmål framstår det likväl som ovanligt realistiskt.[47]

Man kan fråga sig hur en situation av det slag som förelåg i ROLLS-målet skulle ha bedömts av marknadsdomstolen med stöd av generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL. En särskild typ av marknadsföringsåtgärd som uppmärksammas i förarbetena till nuvarande 2 § MFL är renommésnyltning. Härmed förstås att en marknadsförare använder sig av andra personers, företags eller varors goda anseende (renommé) för att få sin egen vara att framstå som högklassig i olika avseenden. Särskilt vanligt är åberopanden av olika slag. Det kan också hända att en högklassig främmande produkt används i reklamen för att skapa en gynnsam atmosfär åt den egna varan.

Utredningen om illojal konkurrens nämnde som exempel att man använder ett exklusivt och dyrbart bilmärkes välkända kylarmaskering som bakgrund i en annons för cigarettändare eller armbandsur.[48] Utredningen lär härvid ha haft ROLLS-ROYCE i åtanke. Enligt utredningens uppfattning borde renommésnyltning av detta slag, som inte innefattade någon förväxlingssituation, kunna angripas såsom otillbörlig konkurrens. Departementschefen yttrade härtill att han inte ville bestrida att det kan tänkas förekomma fall av detta slag som förtjänar att förbjudas, men bedömningen borde i första hand bygga på intresset av att skydda konsumenterna. Härvid nämndes särskilt förfaranden ägnade att på ett förkastligt sätt suggerera allmänheten.[49]

47 Davidsson i NIR 1979 s. 116 ff., bl.a. s. 142.

48 Otillbörlig konkurrens (SOU 1966:71) s. 246, 250.

49 Prop. 1970:57 s. 71 f., se även Bernitz-Modig-Mallmén, a. a. s. 213 ff.

Förarbetsuttalandena ter sig oklara, men här som eljest gäller enligt lagtexten i 2 § MFL att bedömningen skall anknyta till normen god affärssed. Grundregler för reklam anger i art. 9 under rubriken Renommésnyltning bl.a. att reklam ej får utformas så att det goda anseende (renommé), som är förknippat med annat företags firma eller kännetecken, utnyttjas på ett otillbörligt sätt. Tar man också i beaktande det i det föregående berörda sambandet med den varumärkesrättsliga bedömningen, är det svårt att se hur marknadsdomstolen skulle kunna undgå att betrakta förfaranden av den typ som förelåg i ROLLS-målet såsom otillbörliga enligt marknadsföringslagen.[50]

50 Se vidare 4.6 och 6.4.

8 kap. Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande

8.1 Problemet[1]

Det är en fundamental avtalsrättslig huvudregel, utbildad redan i den klassiska romerska rätten,[2] att avtal bara medför rättsverkningar inter partes, dvs. det är inte möjligt att genom avtal förplikta en utomstående som inte visat sig villig att bli bunden av förpliktelsen. Regeln, som givetvis har nära samband med avtalsfrihetens princip, är i angloamerikansk rätt känd som the doctrine of privity of contract.[3] Den har också bl.a. kommit till uttryck i franska code civil som stadgar i art. 1165 att »les conventions n'on d'effet qu'entre les parties contractantes; elles ne nuisent point au tiers . . .» En liknande huvudregel gäller i tysk rätt, ehuru inte kodifierad i BGB. Den betecknas ofta såsom principen om avtalsverkningarnas relativitet.[4] Med en något annan terminologi kan man tala om *principen om avtalsverkningar-*

1 Detta kapitel har även, med mindre ändringar, publicerats i engelsk resp. tysk version, Interference with Contractual Relations, Scandinavian Studies in Law 1989s 49 ff., Unzulässiges Eingreifen in Vertragsverhältnisse nach schwedischen Recht und in vergleichender Perspektive, GRUR Int 1989s 799 ff.

2 Se bl.a. Lee, The Elements of Roman Law (1946) s. 345 ff., där principen närmare behandlas.

3 Se bl.a. den klargörande framställningen i Cheshire-Fifoot, The Law of Contracts, 11th ed. p. 437 ff.

4 Se t.ex. det grundläggande arbetet av Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter (Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtsschutz Bd 21) München 1971, för fransk rätt s. 21 ff., för tysk rätt s. 87 ff.

nas subjektiva begränsning.[5]

Ehuru principen torde betraktas som en nästan självklar huvudregel, anknyter åtskilliga problem till dess räckvidd och berättigande i vissa situationer. Det finns sålunda bl.a. i svensk rätt möjlighet att genom avtal (s.k. tredjemansavtal) *berättiga* en utomstående, som då alltså kan åberopa sig på avtalet.[6] De situationer som i detta sammanhang kan bli aktuella faller dock utanför ramen för denna undersökning. Här är det i huvudsak möjligheterna att *förplikta* utomstående som är av intresse. Ytterligare avgränsningar måste dock göras.[7]

Den problemtik som skall tas upp rör möjligheterna dels att genom ett avtal mellan säljare och köpare binda avtalsförhållanden i ett senare led, dels att ingripa direkt mot konkurrerande näringsidkare, som inte respekterar bestående avtal mellan för dem utomstående parter utan medverkar till (eventuellt anstiftar till) den ena avtalspartens kontraktsbrott. Mellan dessa båda sätt att utöva styrning finns ett nära samband ehuru de bygger på två helt skilda rättsliga grundvalar. I det förra fallet är det fråga om en extensiv tillämpning av avtalsrättsliga principer, i det senare fallet rör det sig om tillämpning av utomobligatoriskt skadeståndsansvar inom konkurrensrätten samt härtill eventuellt knutna möjligheter till förbudstalan.

Bägge är framför allt av praktiskt intresse i samband med avtal som begränsar avtalsparters möjligheter att bedriva konkurrerande verksamhet. Den omfattande diskussion och praxis som finns kring hithörande frågor, främst i EG-länderna och i USA, visar att säljare eller licensupplåtare ofta uppfattar det som viktigt att så långt möjligt kunna genom lämpliga av-

5 Så i Bernitz, Standardavtalsrätt 6 uppl. 1991 s. 26 f. och dens. i SvJT 1972 s. 416 med not 1 och däri givna hänv., särskilt Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap, 1961 s. 10 f.

6 Se bl.a. NJA 1956 s. 209 med hänv., Rodhe i SvJT 1968 s. 196, Grönfors, Ställningsfullmakt och bulvanskap s. 20 med hänv. Code civil innehåller i art. 1121 ett särskilt stadgande om giltighet av avtal till förmån för tredje man. Härtill ges en särskild hänvisning i en efterföljande sats i den i texten nämnda art. 1165 code civil.

7 Avsikten är inte att gå in på gränserna för möjligheterna att reglera avtalsförhållandena i en bransch genom standardavtal upprättade av organisationer. Huvudproblemet ligger härvid på ett annat plan, nämligen i vad mån standardavtal, särskilt gemensamt upprättade sådana (agreed documents), med bred men icke helt fullständig marknadstäckning kan ses som uttryck för sedvänja eller handelsbruk och på denna väg få rättsverkningar utanför sitt tillämpningsområde. Här bör man enligt min mening visa stor försiktighet utanför området för partsbruk, Bernitz, Standardavtalsrätt, 6 uppl. s. 28 f. med hänv. Ej heller skall tas upp frågan om föreningars möjligheter att binda sina medlemmar, Bernitz, Standardavtalsrätt, 6 uppl. s. 26 f. dens. i SvJT 1972 s. 417 med not 2.

talsklausuler styra sina varors eller rättigheters vidare utnyttjande på marknaden. Man uppställer accessoriska konkurrensbindningar[8] för att förhindra försäljning utanför en angiven marknad, försäljning till vissa kategorier av köpare, produkters utnyttjande för visst ändamål etc. Sådana avtalsbindningar betraktas i regel som särskilt viktiga bland stora företag som arbetar med omfattande nät av återförsäljare eller licenstagare med avgränsade verksamhetsområden. Motsvarande problem uppkommer när arbetstagare, uppdragstagare, samarbetsparter m.fl. är bundna av anställnings- och uppdragsförhållande eller särskilt avtal att respektera företagshemligheter och en utomstående, i regel en konkurrent, förmår den bundne att röja hemligheten i utbyte mot ekonomisk ersättning eller anställning eller uppdrag på attraktiva villkor.

Man kan tänka sig olika metoder att låta avtal få rättsverkningar gentemot utomstående. En väg är att *låta avtalsrättsligt grundade förbehåll rörande rådigheten över lös sak göras gällande mot ondtroende utomstående.* Denna metod, som givetvis medför konsekvenser av sakrättslig art, har både i Sverige och i andra länder övervägts som utväg att supplera immaterialrättslig lagstiftning, särskilt inom upphovsrätten, och kommer att beröras i det följande i anslutning till några kända svenska rättsfall (8.5).

Det i utländsk rätt vanliga tillvägagångssättet är emellertid att utnyttja sig av *rättsregler mot otillbörlig (illojal) konkurrens.* På detta område har rättsbildningen kunnat ske mer flexibelt i syfte att tillgodose näringslivsönskemål om skydd mot sådant handlande från konkurrenters sida som uppfattats som otillbörligt. I det rättspolitiska syftet att bereda visst skydd för bl.a. företagshemligheter, exklusivavtal, licensavtal m.m. har sålunda både i angloamerikansk och kontinentaleuropeisk rätt *otillbörligt ingripande i avtalsförhållande* från tredje mans sida utvecklats till en särskild typ av otillbörlig konkurrens.

Den typ av konkurrensåtgärd som anses otillbörlig enligt principen om otillbörligt ingripande i avtalsförhållande innebär att en utomstående tredje man, här kallad C, förmår ena parten (B) i ett avtal med en annan (A) att bryta sitt avtal till förmån för C. C anses därvid begå en otillbörlig konkurrensåtgärd direkt mot A, som härigenom får skadeståndsanspråk

8 *Med accessoriska konkurrensbindningar* förstås avtalsförpliktelser som i visst hänseende begränsar den förpliktade avtalspartens möjligheter att driva konkurrerande verksamhet och som är knutna till avtal som till sin huvuddel inte kan betaktas som konkurrensbegränsande (alltså till skillnad från kartellavtal). Ett typexempel är konkurrensklausuler knutna till upplåtelser av licens- eller försäljningsrättigheter eller till överlåtelse av rörelse. I USA brukar man tala om ancillary restraints of trade.

mot C (eventuellt även möjlighet till förbudstalan). Bakom detta betraktelsesätt ligger uppfattningen att en avtalskontrahent skall kunna planera sitt handlande utifrån förutsättningen att hans medkontrahent fullgör sina avtalsförpliktelser. Medkontrahentens skadeståndsansvar m.m. vid kontraktsbrott ses inte som ett alternativ till ett fullgörande av avtalsförpliktelserna.[9] En utomstående konkurrent som förmår medkontrahenten att bryta sitt avtal, t.ex. genom att »köpa ut» honom, handlar därför otillbörligt.

Det blir som framgått fråga om situationer där tredje man anstiftar eller medverkar till kontraktsbrott och företeelsen är därför också känd under benämningen *medverkan till kontraktsbrott*. Till sin praktiska effekt innebär rättsprincipen en genombrytning av huvudregeln att avtal inte binder tredje man, ehuru detta åstadkoms på konkurrensrättslig och inte avtalsrättslig väg.

I en tidigare uppsats har jag betecknat hela rättsområdet otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare såsom outvecklat i svensk rätt och litet tillspetsat karakteriserat detsamma som »det glömda rättsområdet».[10] Den typ av konkurrensåtgärder som behandlas här faller väl in i denna ram. Det rör sig om företeelser som ägnats och ägnas stor uppmärksamhet både i angloamerikansk och kontinentaleuropeisk rättstradition och där det i många länder finns en rik rättspraxis och doktrin. I Sverige däremot har otillbörligt ingripande i avtalsförhållande aldrig blivit erkänt såsom en typ av otillbörlig konkurrensåtgärd. Det förhåller sig fastmer så att företeelsen aldrig blivit föremål för någon samlad behandling.[11] Syftet med denna uppsats är dels att klarlägga skillnaderna i rättsläget i Sverige och internationellt och vad detta praktiskt kan betyda, dels att söka förklara varför rättsutvecklingen blivit olikartad, något som hänger nära samman med vissa specifikt svenska rättsdogmatiska utgångspunkter.

9 I amerikansk rätt hävdade O. W. Holmes på sin tid att skadeståndsskyldighet utgjorde ett godtaget alternativ till fullgörande, se 10 Harv. L. Rev. s. 462 (1897). Denna, icke accepterade, uppfattning bemöts dock väl av följande uttalande i 77 Harv. L. Rev. s. 959 (1963): »By creating a temporary island of stability in a fluid competitive system, the commercial contract protects the expectations which are necessary to all but the simplest competitive activity». Citatet pekar enligt min mening på en mycket väsentlig funktion hos avtalsbundenheten och det därtill knutna regelsystemet.

10 Se rubriken till kap. 4 ovan.

11 Ett kvalificerat examensarbete föreligger, Armands, Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande – en jämförelse mellan engelsk och svensk rätt, Stockholms universitet 1985. Problemet behandlas i Kleineman, ren förmögenhetsskada, 1987, se 8.6 nedan och av Rodhe i Handbok i sakrätt s. 309 ff., 332 ff.

8.2 »Interference with contractual relations» i common law

Inom den anglosaxiska rättssfären brukar reglerna mot otillbörligt ingripande i avtalsförhållanden behandlas under rubriker såsom »interference with contractual relations» eller »procuring a breach of contract».[12] Reglerna har sitt ursprung i engelsk arbetsrätt och avsåg från början endast förvärvande av annans avtalsbundna tjänstefolk. Grundläggande för den fortsatta rättsutvecklingen på båda sidor av Atlanten blev ett engelskt »leading case» från 1853, Lumley v. Gye.[13] I målet ålades en teaterdirektör skyldighet att betala skadestånd till en konkurrent till följd av att han förmått en hos konkurrenten anställd sångerska att bryta sitt kontrakt och i stället sjunga hos honom. Numera gäller rättsprincipen tämligen generellt och utgör en betydelsefull typ av skadeståndsgrundande handlande (tort) inom common law-systemet av utomobligatoriska skadeståndsregler på konkurrensskadornas område, de s.k. competitive torts. Regeln är också betydelsefull i arbetsrättsliga relationer, en aspekt som dock inte skall beröras här. Viktigt är att skadeståndsansvar både i engelsk och amerikansk rätt kan uppkomma för ondtroende näringsidkare som skaffar sig kännedom om konkurrenters företagshemligheter genom utnyttjande av anställda eller uppdragstagare som är bundna av konkurrens- eller sekretessklausuler.[14]

Den närmare avgränsningen av de former av ingripande i annans avtalsförhållande som anses skadeståndsgrundande skall här endast antydas, främst med sikte på amerikansk rätt. Det är vanligen endast ingripande i bestående avtalsförhållanden och ej i förväntningar om fortsatta eller nya affärsförbindelser, som anses kunna medföra skadeståndsskyldighet. I situationer som ter sig klart otillbörliga, kan dock skadeståndsansvar tänkas föreligga även vid »interference with reasonable economic expectancies».[15]

12 Se allmänt för engelsk rätt bl.a. Salmond on The Law of Torts, 17 ed. London 1977 s. 367 ff., Heydon, Economic Torts, 2 ed. London 1978 s. 28 ff., och för amerikansk 4 Restatement of Torts §§ 766 ff., Harper-James, The Law of Torts, Boston 1956 Vol. 1 s. 489 ff., Prosser-Keeton on Torts, 5 ed St Paul 1984 s. 978 ff., 77 Harv. L. Rev. s. 959 ff., (1963).

13 (1843–60) All England Law Reports Reprint s. 208.

14 Härom bl.a. Amédée Turner, The Law of Trade Secrets s. 419 ff., Cornish, Intellectual Property, London 1981 s. 280 ff. samt (för amerikansk rätt) 77 Harv. L. Rev. s. 947 ff. (1963), 4 Restatement of Torts § 757 med kommentar, Oppenheim m.fl., Unfair Trade Practices, 4 ed. St Paul 1983 s. 298 ff., Företagshemligheter (SOU 1983:52) s. 251, Ståhlros, Företagshemligheter, know-how, 1986 s. 118, 133 ff., 165.

15 Harper-James, The Law of Torts Vol. 1 s. 510, Prosser-Keeton on Torts s. 978 ff.

Utrymmet för sådant ansvar utanför området för bojkotter och liknande förefaller dock vara ringa. Konkurrensfriheten anses nämligen kräva att näringsidkare har möjlighet att locka sina konkurrenters kunder med fördelaktiga erbjudanden, som inte strider mot dessas redan ingångna avtal. Generellt synes gälla att skadeståndsansvaret är begränsat till sådana fall, där tredje man framkallar avtalsbrottet genom särskild aktivitet, exempelvis erbjudanden om speciella förmåner av betydelse.[16] Den primära avsikten med åtgärderna behöver dock inte vara att skada den andre avtalsparten utan kan utgöra främjande av eget affärsintresse. Avtal som tillkommit såsom resultat av skadeståndsgrundande ingripanden i annans avtalsförhållande upprätthålls enligt huvudregeln ej med rättsordningens hjälp.[17] Det bör nämnas att det dock anses tillåtet för tredje man att ingripa i sådana avtal som saknar rättsverkan, t.ex. därför att de är konkurrensbegränsningsrättsligt förbjudna.

8.3 »Opposabilité aux tiers» och »Verleitung zum Vertragsbruch» i fransk, tysk och schweizisk rätt

Skadeståndsansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållande föreligger också i *fransk* rätt och i därmed närbesläktade rättssystem.[18] Rättsutvecklingen har här skett utan lagstöd på grundval av de allmänna reglerna om utomobligatoriskt skadeståndsansvar i art. 1382 och 1383 code civil. Dessa regler har utgjort den legala grunden för den successiva framväxten i rättspraxis under 1800- och 1900-talen av det centrala franska normsystemet mot illojal konkurrens. Avtal som skyddas på detta sätt sägs vara »opposable aux tiers» och rättsprincipen är känd som läran om »tierce-complici-

16 4 Restatement of Torts § 766, särskilt anm. (i), 77 Harv. L. Rev. s. 965 (1963). Bland specialfallen av mera långtgående ansvar torde kunna nämnas försök att hindra konkurrents försäljning av patentskyddad produkt genom att delge potentiella köpare oberättigade påståenden, att de genom produktens användning skulle göra sig skyldiga till medverkan till patentintrång.

17 Corbin on Contracts, St Paul 1951, Vol. 6 s. 854 ff.

18 Krasser, Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter s. 47 ff., Ulmer-Krasser, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in der EWG, Band IV s. 503 ff., 520 ff., Roubier, Le droit de la propriété industrielle I s. 579 ff. Ang. andra EG-länder, Ulmer a. a., Band I s. 207. Ang. huvudlinjerna i fransk rätt ang. illojal konkurrens Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 430 ff.

té». Skydd ges på denna väg bl.a. för konkurrensbindningar i återförsäljaravtal och arbetsavtal.

I *tysk* rätt växte en liknande rättsprincip fram redan i början av 1900-talet med stöd av den breda generalklausulen mot illojal konkurrens i 1 § UWG.[19] Det förbjudna förfarandet brukar i Tyskland betecknas såsom »Verleitung zum Vertragsbruch».[20] Rättspraxis är numera ytterst rikhaltig och nyanserad.

I tysk konkurrensrätt har Verleitung zum Vertragsbruch nära samband med den typ av otillbörlig konkurrensåtgärd som benämns *Vorsprung durch Rechtsbruch*.[21] Man bygger här på den för överväganden bakom tillämpningen av UWG karakteristiska försprångstanken. Enligt denna kan en näringsidkare göra sig skyldig till otillbörlig konkurrens om han begår kontraktsbrott och därigenom skaffar sig fördel i konkurrenshänseende i förhållande till konkurrenter som respekterar sina liknande avtal och sålunda förblir »Vertragstreu». Situationen ligger enligt tyskt synsätt nära fallet att en näringsidkare genom att åsidosätta marknadsrättsliga specialregleringar och i viss mån även andra författningsbestämmelser skaffar sig fördelar i förhållande till konkurrenter som förhåller sig »Gesetzestreu». Man talar även här om Vorsprung durch Rechtsbruch. I båda fallen har i regel konkurrenterna rätt till skadestånd.

Uppenbart är att reglerna om Vorsprung durch Rechtsbruch och Verleitung zum Vertragsbruch ofta fungerar i nära anknytning till varandra. Antag att en leverantör tillämpar ett avtalssystem (Vertriebsbindung) av innebörd att envar av hans återförsäljare enligt avtal ges ensamförsäljningsrätt inom visst område men förpliktas att inte föra konkurrentvaror. Om nu en återförsäljare låter sig förmås av en konkurrent till leverantören att saluföra hans varor i strid mot exklusivavtalet, gör sig sannolikt återförsäljaren skyldig till Vorsprung durch Rechtsbruch och leverantören till Verleitung zum Vertragsbruch.

19 Huvudlinjerna i generalklausulen i UWG och dess tillämpning har presenterats i kap. 2 ovan. Generalklausulen hänvisar till handlande som strider mot goda seder som bedömningsnorm och lyder: »Wer im geschäftlichen Verkehre zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstossen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden».

20 Se till det följande Krasser a. a. s. 87 ff., samt bl.a. Ulmer-Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in der EWG, Band III s. 247 ff. Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, Band I, 13 Aufl., München 1981 s. 796 ff.

21 Se bl.a. Ulmer-Reimer, a. a. s. 65, Baumbach-Hefermehl a. a. s. 783 ff. Om rättsutvecklingen Eichmann i GRUR 1967 s. 564 ff.

I Tyskland har principerna om otillbörligt ingripande i avtalsförhållande framför allt fått betydelse för upprätthållandet av utbyggda exklusiv- eller licensavtalssystem. Mest betydelsefullt torde vara möjligheterna att på den angivna vägen uppnå skydd för återförsäljaravtal gentemot utomstående. Ett delområde där rättsprinciperna fått ökad betydelse på senare år är franchising. Tidigare, när bruttoprissättning i regel var tillåten i Tyskland för märkesvaror, utnyttjandes rättsprinciperna också i hög grad för att skydda vertikala prisbindningssystem mot avtalsbrott genom försäljning till underpris. Det krävdes nämligen för att en märkesvaruleverantör skulle få upprätthålla ett bruttoprissystem att detta tillämpades konsekvent så att det var »lückenlos».[22] Den ytterst omfattande rättspraxis som utvecklades härom har dock tappat det mesta av sitt intresse sedan Tyskland infört ett allmänt bruttoprisförbud 1973.

Intressant är att den nya *schweiziska* lagen mot illojal konkurrens av 1986 (behandlad ovan i 2.2) innehåller lagfästa regler i ämnet. Den nya schweiziska lagen är, liksom sin föregångare, uppbyggd på en generalklausul mot otillbörliga konkurrensåtgärder, vars närmare innebörd klargörs i efterföljande paragrafer som preciserar typer av otillbörliga åtgärder. En av dessa typer, som givits en egen paragraf (art. 4), är otillbörligt ingripande i avtalsförhållande, i paragrafrubriken betecknat såsom »Verleitung zum Vertragsverletzung oder -auflösung».[23] Två av de objekt för sådant förledande, som lagtexten särskilt nämner, är distributörer samt arbets- och

22 Härom ingående Krasser, Der Schutz von Preis- und Vertriebsbindungen gegenüber Aussenseiten (Schriftenreihe zum Gewerblichen Rechtsschutz Band 22), München 1972. Kravet på Lückenlosigkeit upprätthålls fortfarande vid återförsäljaravtal.

23 Lagtexten lyder (se GRUR Int. 1987 s. 160):

Verleitung zur Vertragsverletzung oder -auflösung.

Unlauter handelt insbesondere, wer:

a. Abnehmer zum Vertragsbruch verleitet, um selber mit ihnen einen Vertrag abschließen zu können;

b. Sich oder einem andern Vorteile zu verschaffen sucht, indem er Arbeitnehmern, Beauftragten oder anderen Hilfspersonen eines Dritten Vergünstigungen gewährt oder anbietet, die diesen rechtmäßig nicht zustehen und die geeignet sind, diese Personen zu pflichtwidrigem Verhalten bei ihren dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtungen zu verleiten;

c. Arbeitnehmer, Beauftragte oder andere Hilfspersonen zum Verrat oder zur Auskundschaftung von Fabrikations- oder Geschäftsgeheimnissen ihres Arbeitgebers oder Auftraggebers verleitet;

d. einen Käufer oder Kreditnehmer, der einen Abzahlungskauf, einen Vorauszahlungskauf oder einen Kleinkreditvertrag abgeschlossen hat, veranlaßt, den Vertrag zu wiederrufen, oder einen Käufer, der einen Vorauszahlungskauf abgeschlossen hat, veranlaßt, diesen zu kündigen, um selber mit ihm einen solchen Vertrag abzuschließen.

uppdragstagare med kännedom om arbets- och uppdragsgivarens företagshemligheter.

Över huvud taget synes den schweiziska lagen ganska väl sammanfatta vad som enligt kontinentaleuropeiskt synsätt anses falla under denna typ av otillbörlig konkurrensåtgärd, ehuru rättsläget i sina enskildheter naturligtvis i viss mån kan skilja sig mellan länderna.

Det står klart att regler om otillbörligt ingripande i avtalsförhållande vanligen är ägnade att förstärka effekten av accessoriska konkurrensbindningar och på detta sätt i viss mån bidra till minskad rörelsefrihet i näringslivet. Härigenom uppkommer lätt kollisioner med konkurrensbegränsningslagstiftningen, både principiellt och i praktiska situationer. Detta har tydligt visat sig bl.a. vid tillämpningen av Romfördragets art. 85. Sålunda hade EG-domstolens grundläggande avgörande i Grundig-målet 1966 sin utgångspunkt i en civil talan vid fransk domstol om ansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållande i strid mot Grundigs nät av marknadsuppdelande exklusivavtal.[24] Över huvud är det vanligt i Frankrike och Tyskland att reglerna om otillbörligt ingripande i avtalsförhållande tillhandahåller det främsta rättsliga stödet för juridiska aktioner mot priskonkurrerande återförsäljare, som inte kunnat skaffa sig tillgång till attraktiva produkter genom de reguljära inköpskanalerna utan gått vägen via andra företag som därvid tillhandahållit produkten i strid mot dem ålagda konkurrensbindningar i återförsäljar- eller licensavtal. Den omfattande rättsutvecklingen inom konkurrensbegränsningsrätten, både på EG-planet och nationellt, framför allt i Tyskland, har dock inte lett till någon egentlig förändring i synen på otillbörligt ingripande i avtalsförhållande såsom en typ av illojal, förkastlig konkurrensåtgärd.

8.4 Norsk rätt

Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande har observerats som en typ av otillbörlig konkurrensåtgärd också i våra västnordiska grannländer, främst i Norge.

I litet äldre norsk doktrin har rättsfiguren bl.a. berörts av Augdahl[25] ut-

24 Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 377, jfr s. 374 (Boschmålet). Se vidare bl.a. Stenberg i NIR 1967 s. 341 ff.

25 Augdahl, Den norske obligationsretts almindelige del, 4 utg., Oslo 1972 s. 417.

ifrån allmänna obligationsrättsliga principer. Han har funnit sig kunna ange som generell regel att den som otillbörligt föranleder eller tillskyndar att avtalspart gör kontraktsbrott blir skadeståndsskyldig i förhållande till medkontrahenten. Detsamma bör enligt Augdahl gälla den som uppsåtligt och otillbörligt medverkar till kontraktsbrottet. En liknande uppfattning har framförts av Arnholm[26] och i dansk rätt av Ussing.[27]

I Norge anses markedsføringsloven ge lagstöd åt rättsprincipen. Loven innehåller, som tidigare berörts, en bred generalklausul i § 1 med därtill knutna skadestånds- och förbudssanktioner, vilken har som ett av sina centrala syften, förutom att ge konsumentskydd, att föra vidare det rättsskydd för näringsidkare mot illojal konkurrens som tidigare utbildats enligt äldre lagstiftning.[28] Det förefaller däremot oklart om den motsvarande generalklausulen i danska markedsføringsloven ges en liknande tolkning. Den opinionsnämnd som i Norge bedömer frågor om otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare, Næringslivets Konkurranseutvalg, har som fast praxis ansett det strida mot god affärssed att en utomstående näringsidkare ingriper i bestående agent- eller ensamförsäljningsrättsavtal genom att själv ta initiativet till att söka överta en bestående, icke ledig, agentur eller ensamförsäljningsrätt. Problemställningen har prövats av norska høyesterett i det uppmärksammade John Deere-målet.[29]

Fakta var i korthet följande. Nanset Standard (Nanset) var generalagent (ensamförsäljare) i Norge för John Deere lantbruksmaskiner. Sedan Nanset sagts upp ingick John Deere samma dag nytt avtal om ensamförsäljningsrätt med Norsk Felleskjøp. Mellan Nanset och John Deere träffades en förlikning. Nanset stämde därefter Felleskjøp på skadestånd (relaterat till goodwill-förlust) på den grunden att Felleskjøp medverkat till att Nanset förlorat försäljningsrätten genom att inlåta sig i förhandlingar med John Deere om ett övertagande. Vidare hade Felleskjøp inte underrättat Nanset om förhandlingarna.

Domstolarna var oense om bedömningen. Høyesteretts majoritet ogillade dock Nansets talan och uttalande att det inte kunde vara i strid med god affärssed, dvs. markedsføringslovens generalklausul, om en utomstående som mottar ett anbud om att överta ett uppdrag såsom ensamförsäljare som en annan innehar inlåter sig i förhandlingar härom. Det fanns heller

26 Arnholm, Privatrett III, Oslo 1966 s. 320.
27 Ussing, Obligationsretten, Almindelig del, 4 utg., København 1967 s. 449.
28 Se kap. 2 ovan.
29 Rt 1984 s. 248, se även referat i Nordisk Domssamling 1985 s. 109.

ingen skyldighet att i detta läge underrätta den andre. I domsmotiveringen framhölls att den rättsprincip Nanset ville se tillämpad skulle verka konkurrensbegränsande. I motiveringen framhölls vidare att høyesterett ej tog ställning till om det skulle ha varit rättsstridigt om Felleskjøp själv hade tagit initiativet i förhållande till John Deere i syfte att få överta försäljningsrätten.

John Deere-fallet synes stå för en återhållsam tillämpning i konkurrensfrihetens intresse av rättsprincipen otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Fortfarande torde denna dock kunna göras gällande i Norge i flagranta fall. Jämfört med de kontinentaleuropeiska rättssystem som behandlats i det föregående har emellertid rättsprincipen mindre klara konturer och av allt att döma en mer begränsad praktisk räckvidd.

8.5 Avtalsbindning av tredje man och svensk rätt

Innan vi går in på hur man i svensk rätt ser på rättsfiguren otillbörligt ingripande i avtalsförhållande, är det skäl att söka besvara den i 8.1 berörda, delvis närliggande frågan om avtalsrättsligt grundade förbehåll rörande rådigheten över lös sak kan göras gällande mot utomstående tredje man. I vår sparsamma svenska judikatur förekommer faktiskt två HD-avgöranden, som direkt avser denna situation. Båda fallen har upphovsrättslig bakgrund.

Det första fallet, NJA 1939 s. 592, *bokuthyrning* gällde verkan av ett på en boks titelblad tryckt förbehåll: »*Utlåning i förvärvssyfte förbjuden*». Upphovsmannen och förläggaren förde förbuds- och skadeståndstalan mot innehavaren av en bokuthyrningsrörelse, som köpt ett exemplar av boken i handeln och uthyrt detta vid olika tillfällen. Det gjordes gällande att uthyraren enligt allmänna civilrättsliga principer var skyldig att iaktta förbehållet, däremot påstods ej intrång i upphovsrätt. Talan ogillades enhälligt av domstolarna. I underrättens av överrätterna icke ändrade domsmotivering framhölls, att den omständigheten att förbehållet fanns tryckt i boken inte i och för sig berättigade författaren eller förläggaren att göra detta gällande mot den som förvärvat exemplar av boken samt att förbehållets iakttagande inte gjorts till förutsättning för köpet vid uthyrarens inköp av det ifrågavarande bokexemplaret och att uthyraren därför in-

te heller särskilt beträffande detta exemplar kunde anses förpliktad att iaktta förbehållet.[30]

I det senare fallet, NJA 1949 s. 645,[31] *grammofonskiveförsäljning*, hade en tillverkare av grammofonskivor anbragt följande förbehåll på skivorna: »*Copyright Patenterad skiva. Får ej offentligen utföras utan tillstånd, ej heller säljas under det av patenthavarna fastställda priset.*» Syftet var att stävja att Radiotjänst (det dåvarande namnet på Sveriges Radio) köpte grammofonskivor i handeln och utsände dessa utan att betala ersättning till skivtillverkaren, något som vid denna tid var upphovsrättsligt tillåtet. I målet förde tillverkaren skadeståndstalan mot Radiotjänst, som utsänt i detaljhandeln köpta skivor, under åberopande av förbehållet, varom Radiotjänst särskilt underrättats. Prisbindningsklausulen var däremot ej aktuell i tvisten. Talan blev enhälligt ogillad i alla instanser med en motivering som nära anslöt till det tidigare målet.[32]

Domstolarna utgick i båda målen från grundsatsen att bindningar av sakrättslig karaktär inte fritt får tillskapas. Innebörden härav analyserades närmare i 1949 års fall av JustR Karlgren i ett anförande till utvecklande av sin mening.

Karlgren konstaterade att tillverkarens förbehåll inte uttryckligen intagits i Radiotjänsts köpeavtal med återförsäljarna och att omständigheterna inte heller var sådana »att säljarna (kunde) anses hava vid föryttringen tyst uppställt dylikt förbehåll», och upptog härefter frågan om man vågade uppställa en allmän regel, att en eljest blott obligatorisk rätt till ett sakobjekt vore att behandla som en sakrätt gentemot en ondtroende tredjeman-förvärvare. I ett utlåtande i målet av Benckert hade förfäktats att mera generella slutsatser i denna riktning kunde dras av vissa regler för sakrättsligt skydd vid pantförskrivning av lös sak. Karlgren ställde sig tveksam härtill och framhöll bl.a. att den ifrågasatta regeln mötte särskilda betänkligheter när en ägare obligationsrättsligt underkastas en del inskränkning-

30 De s.k. bokbarernas möjlighet att bedrivna bokuthyrning utan att utge särskild ersättning till författaren hade kritiserats i författarrättsligt intresserade kretsar, Hemming-Sjöberg, Författarna och biblioteken, SvJT 1936 s. 628 ff. med hänv. Bokuthyrning är dock inte heller numera avgiftspliktig, 23 § URL; riksdagen gick på denna punkt ifrån propositionen, I LU 1960:41 s. 70. Jfr allmänt Bergström, Uteslutande rätt att förfoga över verket, 1954 s. 122 f.

31 Även refererat i NIR 1949 s. 252.

32 Ang. det rättspolitiska problemet i fallet från auktorrättslig synpunkt, Hemming-Sjöberg, »La guerre des disques», Festskrift för Ekeberg s. 246 ff. Grammofonskivefabrikanter och utövande konstnärer har numera tillerkänts en femtioårig ersättningstid vid radio- och TV-utsändning m.m., 47 § URL, (s.k. närstående rättighet). Se även Rosén, Förlagsrätt s. 138.

ar i den allmänna rådigheten över vederbörande rättsobjekt, t.ex. att icke avhända sig detsamma eller att göra en avhändelse blott under förutsättning att visst pris ernås eller i övrigt under speciella betingelser. Han hänvisade till den allmänna omsättningens intressen och till att det här gällde situationer till sin typ artskilda från de panträttsliga. Han yttrade vidare att ett bifall till käromålet skulle innebära att man tillskapade ett auktorrättsligt skydd genom rättspraxis i lägen där lagstiftaren åtminstone inte dittills varit beredd att bevilja dylikt.

Utgången i båda rättsfallen och Karlgrens härtill knutna analys av argumenteringen till grund för yrkandena torde för svensk rätts del ha skurit av möjligheterna att extendera immaterialrättsligt skydd genom påskrifter på exemplar och liknande avtalsförbehåll. Detta rättsläge hindrar inte att man i praktiken ibland ser dylika avtalsförbehåll, t.ex. i samband med försäljning av datorprogram. Utomlands har emellertid domstolarna i liknande fall inte sällan ansett sig oförhindrade att gå in i en friare prövning av det sakligt berättigade i framförda yrkanden och har då kunnat nå motsatt slut, så t.ex. i fransk rätt.[33] Ett rättsfall likartat grammofonskivefallet blev bifallet i norska højesterett under åberopande av allmänna rättsgrundsatser. Så har även skett i ett senare norskt fall rörande spelande av grammofonmusik i högtalare vid idrottsfester, om än under dissens.[34] Norska høyesterett har här tillämpat ett juridiskt sett mera fritt lämplighetsresonemang klart olikartat svenska HD:s juridiskt-principiella bedömning; en skillnad i juridisk argumentationstradition som kan iakttas också i andra sammanhang vid jämförelse mellan de två domstolarna.

Problematiken är emellertid inte specifik för immaterialrätten utan av generellt avtalsrättslig art. Redan 1949 års mål ger ett exempel, den påtryckta bruttoprisklausulen om förbud mot försäljning under fastställt pris. Sådana klausuler faller numera under bruttoprisförbudet i förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i nya konkurrenslagens 6 § och är därigenom i regel inte längre aktuella.[35] Man kan emellertid nämna andra exempel på

33 Se t.ex. Strömholm i Droit d'Auteur 1967 s. 285 f., 298 ff., Françon i NIR 1982 s. 384 ff.

34 Rt 1940 s. 450, se Hemming-Sjöberg i Festskrift för Ekeberg s. 259 ff. resp. Rt 1955 s. 536 (NIR 1955 s. 202), härom Ljungman i NIR 1962 s. 55, där även dansk praxis berörs.

detta slags förbehåll, såsom Får ej exporteras,[36] Får endast repareras hos fabrikanten, Till denna produkt får endast saluföras originalreservdelar.

Förbehåll av detta slag har analyserats i ett större sakrättsligt sammanhang av Hessler i Allmän sakrätt. Hessler ser förbehållen som en undertyp av den vidare, rätt heterogena kategorin »betingelser», kännetecknad av att den som äger något åläggs att använda egendomen på visst sätt eller underlåta viss användning.[37] Hessler menar att den förhärskande uppfattningen om »typtvånget» eller numerus-clausus-principen i sakrätten skulle vara alltför onyanserad och att vissa typer av betingelser kan vara sakrättsligt skyddade, åtminstone delvis.[38] Vad gäller betingelser av här ifrågavarande slag, dvs. icke benefika föreskrifter om viss användning av lös egendom, konstaterar Hessler att de i vart fall inte kan åtnjuta något mer fullständigt sakrättsligt skydd, t.ex. skydd i konkurs eller mot utmätningsborgenärer. Vad gäller situationen att förvärvaren är i ond tro (såsom Radiotjänst i det aktuella målet) finner Hessler, efter övervägande av ändamålssynpunkter, att det skulle vara till allvarligt hinder för omsättningen om en förvärvare skulle behöva vara underkastad sådana åtaganden av det ytterst skiftande slag som kan komma ifråga.[39] I likhet med rättspraxis och Karlgrens uppfattning anser Hessler att bundenhet endast bör föreligga om det vid överlåtelsen gjorts uttryckligt förbehåll om betingelsens iakttagande.[40] Det blir då uppenbarligen fråga om en vanlig avtalsförpliktelse.

I litet äldre dansk doktrin har Fr Vinding Kruse framfört uppfattningen

35 Dispens från bruttoprisförbudet i tidigare konkurrenslagar har förekommit ytterst sällan.

36 Det är sålunda inte ovanligt att exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk har påtryckta förbehåll av typen »Not for export», jfr Karnell i Festskrift för Agge s. 224, som berör saken i samband med frågan om upphovsrättens territoriella skydd, se även dens. i NIR 1982 s. 375 ff. Exportförbud blir normalt förbjudna och ogiltiga inom EES enligt EES-avtalets konkurrensregler.

37 Hessler, Allmän sakrätt s. 54 f., 446 ff.

38 Hessler, a. a., särskilt s. 280, 447. Doktrindiskussionen har särskilt rört frågan om möjligheterna till sakrättsligt skydd för nyttjanderätt till lös egendom, se Hessler a. a., särskilt s. 289 samt bl.a. Nial i SvJT 1940 s. 673 ff., Tiberg i SvJT 1964 s. 497 ff. Vahlén framhåller att typtvånget i sakrätten, dvs. att parterna inte kan ge sitt avtal sakrättsligt bindande verkan om detta inte tillhör något av de traditionella sakrättsliga instituten, fungerar som en tvingande avtalsrättslig regel, Vahlén, Avtal och tolkning s. 288 f.

39 Hessler, a. a. s. 460 ff. Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 2 uppl. s. 299 f., talar om ändamålsbestämmelser och ansluter sig i huvudsak till Hesslers uppfattning. Se även Rodhe, Handbok i sakrätt s. 617.

40 Hessler gör en reservation för fall av kollusion, härom i 8.6 nedan.

att servituten inte skulle vara begränsade till fast egendom.[41] Av den allmänna friheten att tillskapa nya kontraktstyper skulle följa att en säljare av lös sak hade möjlighet att till varan knyta ett *negativt servitut* som lade ett band på varan vid dennas vidare omsättning. Exempelvis skulle envar återförsäljare på denna grund och alltså oberoende av frågan om kontraktsrättslig bundenhet vara skyldig att iaktta ett på en vara angivet bruttopris eller ett på en bok tryckt förbud mot uthyrning i förvärvssyfte. Rådande uppfattning i modern dansk doktrin synes emellertid vara att bindning av servitutstyp endast kan avse fast egendom.[42] Typtvångsläran i svensk sakrätt har föranlett att konstruktionen »negativt servitut till lösöre» aldrig vunnit fotfäste i svensk rätt.[43]

Till de ändamålssynpunkter som talar mot att låta utomstående bli bundna av icke benefika föreskrifter om viss användning av lös egendom hör inte bara den hänsyn till omsättningens intresse som generellt präglar sakrätten utan i minst lika hög grad de vittgående möjligheter som annars skulle öppna sig för enskilda företag eller organisationer att rättsligt binda rörelsefriheten i näringslivet och försvåra vissa former för näringsverksamhet.[44] I så fall skulle t.ex. en på en vara påtryckt bestämmelse om maximipris[45] vara omedelbart bindande för en återförsäljare i senare led och detsamma skulle vara fallet med föreskrifter på en vara att den t.ex. inte får säljas utanför visst område eller till vissa kategorier av kunder. Intresset av obunden konkurrens talar starkt för att man inte på detta sätt skall utan eget avtalsåtagande kunna pålägga utomstående personer bindningar av deras rörelsefrihet. Det torde kunna klart slås fast att det i Sverige inte är möjligt att genom avtal i ett säljled direkt binda avtalsförhållanden i ett senare säljled.[46] Att dylika bindningar inte tillerkänns rättslig verkan utgör även en viktig utgångspunkt för vår konkurrensbegränsningslagstiftning.

Hesslers analys drar emellertid också upp andra perspektiv. Domarna i

41 Fr Vinding Kruse, Ejendomsretten II, 3 uppl., København 1951 s. 1257 ff. Han vill tillerkänna klausuler om utlåningsförbud för böcker rättsverkan mot utomstående, a. a. s. 1263.

42 von Eyben, Formuerettigheder, 6 uppl., København 1979 s. 34 f. med hänv.

43 Härom Forsell, Tredjemansskyddets gränser s. 194 ff.

44 Hade talan i bokuthyrningsmålet bifallits, hade bokförläggarna kunnat strypa de s.k. bokbarernas fortsatta verksamhet genom allmänt bruk av klausul om uthyrningsförbud.

45 Föreskrift om maximipris i senare säljled har fallit utanför bruttoprisförbudet i 13 § i 1982 års konkurrenslag men är sällan förekommande.

46 Se även Bernitz, Standardavtalsrätt, 5 uppl. 1991 s. 24 f. där ämnet kort berörs i ett mer allmänt avtalsrättsligt perspektiv. Ang. datorprogram Blume i NIR 1987 s. 279 ff. om s.k. shrink wrap-klausuler.

bokuthyrnings- och grammofonskivemålen utgick från principen om typtvång inom sakrätten. Anlägger man Hesslers nyanserade inställning uppkommer emellertid frågan, om inte förbehåll av berört slag om lös egendoms användning möjligen kan vara godtagbara i speciella situationer, där de omsättningsskäl och konkurrensfrihetsskäl som normalt talar däremot inte föreligger eller i varje fall inte är särskilt starka. Med Hesslers resonemang ter sig sålunda norska høyesteretts ovan berörda ståndpunktstaganden fullt försvarbara. Om man på grundval av mer allmänna överväganden finner det befogat att genom ett godtagande av detta slags avtalsbindning domstolsvägen införa ersättningsskyldighet för i lagstiftningen oskyddade verksutnyttjanden, talar egentligen varken omsättnings- eller konkurrensfrihetsskäl särskilt starkt däremot. Utgången i bokuthyrnings- och grammofonskivemålen är inte enbart att förklara utifrån sakrättsliga överväganden utan innefattar också ett ställningstagande till frågan om lämpligheten av en utvidgning domstolsvägen av immaterialrättsligt skydd. I sin »utveckling» i grammofonskivemålet pekade också Karlgren särskilt på att ett bifall till käromålet skulle innebära ett utvidgat upphovsrättsligt skydd utöver vad lagstiftningen »varit beredd att bevilja».

Enligt min uppfattning vore det olämpligt att på denna väg söka extendera upphovsrätten eller andra immaterialrätter. Gränsdragningen härvidlag måste alltid bygga på en intresseavvägning och bör primärt ses som en uppgift för lagstiftningen. Ingenting tyder heller på att svenska domstolar skulle ha ett annat synsätt härvidlag.

Slutsatsen blir att svensk rätt också i nu diskuterade typer av situationer står kvar på principen om avtalsverkningarnas subjektiva begränsning. Det är alltså inte möjligt att binda en utomstående näringsidkares möjligheter att förfoga över lovligt förvärvade varor genom avtalsförbehåll som inte blivit del i ett för denna näringsidkare bindande avtal.

8.6 Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande och svensk rätt

Ett huvudskäl till att otillbörligt ingripande i avtalsförhållande ägnats så ringa intresse i Sverige såsom rättsligt problem är säkerligen, att vår begränsade lagstiftning mot otillbörlig konkurrens i förening med vår restriktiva syn på möjligheterna till ersättning för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden inte givit ansatspunkter och underlag för

en rättsutveckling av det slag som skett på andra håll. Svenska advokater och näringslivsjurister torde sällan göra gällande ersättningsanspråk direkt mot utomstående som ingriper i avtalsförhållanden, t.ex. i den formen att man i eferhand »köper ut» en avtalsbunden näringsidkare genom att ge honom ett bättre erbjudande. De regler om förbud mot sådant förfarande, som före 1846 gällde enligt skråordningen och hallordningen, har sedan länge varit glömda.[47] Svensk rätt står dock inte främmande för en ersättningsskyldighet i vissa situationer i anledning av ingripande i avtalsförhållande eller, som det kanske oftare uttrycks, medverkan till kontraktsbrott. Här skall beröras hur situationen ter sig enligt de olika rättsgrunder som kan komma ifråga.

En täckande lagstiftning mot otillbörlig konkurrens har som förut behandlats haft svårt att utvecklas i Sverige. 1931 års *lag mot illojal konkurrens* (IKL) kom till skillnad från sin tyska förebild och sina norska, danska och finska motsvarigheter aldrig att innehålla någon generalklausul.[48]

I 1966 års förslag till en ny lag om otillbörlig konkurrens, avsedd att ersätta IKL,[49] föreslogs införandet av en konkurrensrättslig generalklausul, vars formulering gjorts vidsträckt men vars tillämpning utredningen sökte starkt insnäva genom motivuttalanden. I motiven framhölls att generalklausulen inte var tänkt att fungera »som en allmän utfyllnad till avtals- och skadeståndsrätten». Tillåtligheten av »utköp i efterhand» fick sålunda bedömas enligt parternas avtal samt härutöver enligt allmänna avtals- och skadeståndsrättsliga normer.[50] Till bilden hör att en liknande gränsdragning tillämpades i Näringslivets Opinionsnämnds praxis, som på många sätt var grundläggande för lagförslagets utformning.

Lagförslaget av 1966 blev till stor del aldrig genomfört. I motiven till generalklausulen i nuvarande 2 § MFL sägs emellertid att förbud enligt generalklausulen inte bör kunna meddelas mot ett beteende som strider mot vedertagna handlingsnormer i näringslivet av det skälet att det innebär brott mot ett ingånget avtal, exempelvis att en företagare bedriver viss

47 1720 års skråordning art. VII stadgade: »Ämbetsbröder böra icke tränga sig uti vars annars handel, bjudandes mer för den varan, som en annan, av dess ämbetsbröder, redan förtingat och därom köp slutit haver», se Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 100. Ett motsvarande stadgande fanns i 1770 års hallordning art. III § 6. Jfr HB 1:6 i 1734 års lag. Regler om skyldighet att respektera bestående avtalsförhållanden fanns också i tjänstehjonsstadgan m.fl. arbetsrättsliga författningar, se Rodhe, Handbok i sakrätt s. 333.

48 Se kap. 3 ovan.

49 A. a. s. 248.

50 Otillbörlig konkurrens, SOU 1966:71.

verksamhet i strid mot en konkurrensklausul i ett kontrakt.[51] Uttalandet torde kunna ses som ett vidareförande av resonemanget i 1966 års betänkande.

Mot bakgrund av det sagda förefaller det stå klart att den nuvarande marknadsföringslagen inte tillhandahåller någon grundval för utvecklande av en svensk rättspraxis om otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Härför talar såväl lagens begränsning till marknadsföringsåtgärder, inriktning på förbudssanktion och särskilda betoning av konsumentintresset som de nämnda förarbetsuttalandena.[52] Erfarenhetsmässigt tillmäter marknadsdomstolen i sin rättstillämpning förarbetsuttalanden av denna karaktär mycket stor tyngd. Betecknande nog har frågan över huvud aldrig förts under marknadsdomstolens prövning.

Betydelsefull i sammanhanget är den nya lagen om *skydd för företagshemligheter* av 1990, företagshemlighetslagen (FHL).[53] Denna lag har ersatt den intill dess kvarlevande delen av IKL, lagens 3–5 §§ om obehörigt användande av yrkeshemligheter och tekniska förebilder. I IKL var det särskilt 3 § 2 st. om skydd för tekniska förebilder som var av intresse i detta sammanhang. Bestämmelsen gav ett skydd mot missbruk av utomstående, som fått förebilden anförtrodd för affärsändamål. Härvid uppkom i vissa situationer ett direkt ansvar för konkurrenter, som förmådde anställda, uppdragstagare m.fl. att röja hemligheter.[54] 5 § IKL innehöll en särskild regel om självständigt ansvar för utomstående ondtroende, t.ex. konkurrent, som lagstridigt tagit emot en yrkeshemlighet eller teknisk förebild.

Företagshemlighetslagen har betydligt mera generella och utbyggda regler i ämnet. I lagen har man slopat den gamla distinktionen mellan dokumenterade och odokumenterade hemligheter. De senare åtnjuter i princip samma skydd. Begreppet företagshemlighet är vitt (1 § FHL). Definitionen innehåller i princip tre led, nämligen

- för det första att det skall vara fråga om information om affärs- och driftsförhållanden i en näringsidkares rörelse (t.ex. teknisk eller ekonomisk information),
- för det andra att näringsidkaren skall hålla informationen hemlig (dvs.

51 Prop. 1970:57 s. 88.

52 Se dock nedan ang. bestickning.

53 Företagshemligheter, SOU 1983:52, prop. 1987/88:155, lagutskottet 1988/89:LU 30, 1989/90:LU 37, Fahlbeck, Företagshemligheter, konkurrensklausul och yttrandefrihet. En kommentar, 1992, Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. 1991 s. 176 ff.

54 Se bl.a. Företagshemligheter, SOU 1983:52 s. 48 f., 327 f.

inte spridd utanför en någorlunda identifierbar och sluten krets) och
- för det tredje att företagshemlighetens röjande skall vara ägnad att medföra skada för näringsidkaren i konkurrenshänseende (dvs. informationen skall ha ett värde i näringsidkarens hand).

Här skall inte göras någon närmare presentation av företagshemlighetslagen. Klart är att det är ett huvudsyfte för lagen att möjliggöra åtgärder mot konkurrenter, som otillbörligt ingriper i avtalsförhållande genom att förmå anställda, uppdragstagare m.fl. att röja företagshemligheter. I grövre fall kan detta utgöra företagsspionerі, medverkan till företagsspionerі eller olovlig befattning med företagshemlighet (3 och 4 §§ FHL), som medför straff- och skadeståndsansvar.[55] Det kan även vara fråga om trolöshet mot huvudman enligt 10 kap. 5 § BrB eller medverkan härtill.

Härutöver har emellertid konkurrenter och andra utomstående ålagts ett omfattande skadeståndsansvar om de utnyttjar eller röjer företagshemligheter som har angripits obehörigt (8 § FHL). I sådana fall kan rätten även meddela förbud vid vite. Ett typfall, där sådant ansvar uppkommer, föreligger när en näringsidkare utnyttjar en konkurrents företagshemligheter, som han obehörigen skaffat sig tillgång till genom dennes anställda eller affärsförbindelser. Till vad som är otillåtet kan i vissa fall även höra systematisk utfrågning av konkurrenters anställda samt värvning och överköp.[56]

Genom företagshemlighetslagen har alltså omfattande konkurrensrättsliga regler mot otillbörligt ingripande i avtalsförhållande införts på ett viktigt område. Dessa regler har stor betydelse för avtals- och uppdragsförhållanden och även för t.ex. licensavtal, där licenstagaren inom ramen för avtalsförhållandet fått sig anförtrott företagshemligheter av olika slag. Det bör dock understrykas att rättsskyddets gränser bestäms av den räckvidd som företagshemlighetslagen har givits. Det är knappast avsett att företagshemlighetslagen skall ge utrymme för supplerande allmänna rättsprinciper, som gör skyddets gränser vidare. Vid riksdagsbehandlingen ägnades lagens avgränsning mot den allmänna informationsfriheten stort utrymme och det förelåg påtagliga svårigheter för regeringen att få propositionen igenom riksdagen.

Bestickning är en typ av otillbörlig konkurrensåtgärd som har betydelse i förevarande sammanhang. Det förkastliga ligger här i själva tillvägagångs-

55 Prop. 1987/88:155 s. 40 f., Fahlbeck, a. a. s. 214 f.
56 Prop. 1987/88:155 s. 46, Fahlbeck a. a. s. 249 f.

sättet att erbjuda en otillbörlig belöning. Många fall av bestickning i näringsverksamhet kan betecknas såsom former av otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Det är inte ovanligt att bestickning används som tillvägagångssätt för att röja företagshemligheter. Ett typexempel är att ett företag genom att ge en otillbörlig belöning förmår en anställd eller uppdragstagare i förtroendeställning att röja en företagshemlighet som tillhör en konkurrent. Det finns sålunda ett nära sakligt samband mellan reglerna om skydd för företagshemligheter och om bestickning. Också andra fall av bestickning förekommer som kan rubriceras såsom otillbörligt ingripande i avtalsförhållande, t.ex. att en näringsidkare genom att ge en otillbörlig belöning till exempelvis en inköps- eller försäljningschef förmår denne att utan grund bryta sitt företags ingångna avtal med bestickarens konkurrenter och föra över affärsförbindelser till bestickaren.

Reglerna om bestickning i näringsverksamhet överfördes 1977 från 6–8 §§ IKL till 17:7 och 20:2 BrB där de sammanfördes med motsvarande regler i offentlig verksamhet.[57] Skadeståndsansvaret följer straffansvaret. Helt klart har även de nya brottsbalksreglerna till syfte att skydda konkurrenter mot korruptiva metoder och konkurrenter som lidit skada genom dylika åtgärder kan alltså föra skadeståndstalan, varvid brottsbalksreglerna anger gränserna även för skadeståndsansvaret. Straffbar bestickning som förekommer inom ramen för marknadsföringslagen kan också leda till förbud enligt generalklausulen i 2 § marknadsföringslagen. Denna kan även tillämpas på bestickningsliknande åtgärder som är att betrakta som otillbörliga utan att ligga inom ramen för straffansvaret.[58]

Går vi från rättsområdet otillbörlig konkurrens över till *kontraktsrätten* utgör utgångspunkterna vad som redan sagts i avsnitt 1 om avtalsverkningarnas subjektiva begränsning och i avsnitt 5 om avtalsbindning av tredje man. Vad gäller avtalsparters inbördes förhållande kan erinras om att både arbetstagare och uppdragstagare har en betydande, avtalsrättsligt grundad lojalitetsplikt mot sin arbetsgivare respektive uppdragsgivare. Det kan också nämnas att konkurrensklausuler som förpliktar en näringsidkare, uppdragstagare eller arbetstagare att inte driva viss angiven konkurrerande verksamhet eller arbeta för en sådan är fullt giltiga enligt svensk rätt så länge de inte är oskäliga eller medför otillåten konkurrensbegränsning.

57 Om bestickningsreglerna, se bl.a. prop. 1975/76:176, Cars, Mutor och bestickning, 3 uppl. 1983, Beckman-Holmberg-Hult-Strahl, Kommentar till brottsbalken II, 5 uppl. 1982 s. 399 ff.

58 Bernitz, Svenk marknadsrätt, 3 uppl. 1991 s. 142 f. med vidare hänv.

Fullt tillåtna inom ramen för vad som inte är oskäligt är även sekretessklausuler (diskretionsklausuler) som förpliktar tidigare anställda eller uppdragstagare att iaktta tystnadsplikt i visst hänseende, t.ex. att inte röja företagshemlighet.[59]

Det problem som här står i centrum är dock inte avtalsbundenheten mellan avtalsparterna och gränserna härvidlag utan hur situationen ter sig när en utomstående näringsidkare inte respekterar bestående lojalitetsplikt, konkurrensklausuler, sekretessklausuler etc. utan ingriper i avtalsförhållandet och förmår den ena parten att handla i strid mot detsamma. Normalt är ett sådant agerande att bedöma utifrån utomobligatoriska rättsprinciper. Man kan emellertid iaktta en benägenhet i svensk rätt att i vissa gränsområden söka den rättsliga lösningen med tillämpning av kontraktsrättsliga (inomobligatoriska) rättsprinciper, varvid man bedömer situationen såsom kvasikontraktuell eller kontraktsliknande. Ett standardexempel, ehuru avseende en litet annan typ av situation, är vårdslöst bevittnande av annans namnteckning. Detta svåröverblickade och svårfångade gränsområde har nyligen mycket ingående behandlats av Kleineman.[60]

Utomståendes ingripande i avtalsförhållande kan vara att anse som otillbörligt och skadeståndsgrundande på kontraktsrättslig grundval i situationer där det finns ett nära samband mellan den utomstående och ena avtalsparten, eventuellt i den formen att de båda – ehuru de ej står i inbördes avtalsförhållande – ingår i samma avtalskomplex. Rättsläget är osäkert men det finns anledning att uppmärksamma ett HD-avgörande, som har särskilt intresse genom att det direkt ligger inom den konkurrensrättsliga sfären. Fallet är NJA 1946 s. 15 angående *intrångsprovision i bilhandeln*.

> Ford Motor Company hade, i enlighet med dåtida praxis inom bilbranschen, sin bilförsäljning uppbyggd på dubbelsidiga exklusivavtal med områdesbindning. Varje återförsäljare hade sitt distrikt och var enligt sitt kontrakt med Ford (standardkontrakt) bl.a. berättigad till intrångsprovision (s.k. serviceersättning) när annan återförsäljare sålde bilar till kunder i distriktet. Överenskommelse härom direkt mellan återförsäljarna saknades dock. I målet yrkade bl.a. Fords återförsäljare i Helsingborg utbetalning av intrångsprovision direkt av återförsäljaren i Klippan. Den senare invände att Helsingborgsförsäljaren ej

59 Se för en översikt av rättsläget med hänv. Bernitz-Karnell-Pehrson-Sandgren, Immaterialrätt, 3 uppl. s. 180 ff.

60 Kleineman, Ren förmögenhetsskada, bl.a. s. 231 ff., 439 ff., se även bl.a. Karlgren, Skadeståndsrätt, 5 uppl. s. 109.

kunde grunda någon rätt till sådan ersättning på sitt kontrakt med Ford. Hovrätten, vars dom fastställdes i HD, fann dock parterna vara bundna även i förhållande till varandra av kontraktsbestämmelserna om intrångsprovision och utdömde dylik ersättning.

I målet har synbarligen domstolarna betraktat återförsäljarna såsom avtalsbundna även inbördes, och det har då inte mött svårigheter att tillämpa allmänna regler om skadestånd i kontraktsförhållanden. Domstolarna har antagligen beaktat att båda parterna ingick i ett enhetligt avtalskomplex för Fords försäljningsorganisation och varit väl medvetna härom. Domstolarna har också kunnat göra en analogi till det närliggande stadgandet om handelsagents rätt till provision i 70 § kommissionslagen, ehuru en sådan analogi inte antytts i de knappa domskälen.[61] Det förefaller däremot i gängse mening knappast vara fråga om tredjemansavtal.[62]

Rättsfallet rör en typ av situation som har betydande praktiskt intresse. Det är inte ovanligt att *flera är var för sig bundna av konkurrensförbud eller liknande i förhållande till samma motpart.* Det är annorlunda uttryckt fråga om fall där A genom separata avtal med B, C, D etc. normerat dessas inbördes konkurrenssituation. Vad gäller bilförsäljning och vissa närliggande branscher har visserligen systemet med områdesindelning och intrångsprovision numera avvecklats efter ingripande av NO med stöd av generalklausulen mot skadlig konkurrensbegränsning i 1982 års konkurrenslag.[63] Områdesindelning mellan återförsäljare såsom inslag i exklusivavtal torde i växlande former förekomma i vissa branscher. Vid franchising är avtalskomplex av angivet slag typiska. De förekommer också vid licensavtal, där licensgivaren har avtal med ett flertal licenstagare och där varje licenstagares licens är begränsad (t.ex. geografiskt eller kvantitativt) som ett led i avtalskomplexet. Förbudet mot konkurrensbegränsande avtal i den nya konkurrenslagen och härpå grundade gruppundantag drar upp snäva gränser för vad som i fortsättningen kommer att vara avtalsrättsligt tillåtna klausuler.

Det refererade rättsfallet är i och för sig en solitär. Utgången förefaller emellertid i sak välmotiverad och det synes riktigt att se situationen såsom i

61 Fallet observeras under denna paragraf i Gadde-Eklund, Lagen om kommission etc., 3 uppl. s. 157 f.

62 Rodhe berör dock i SvJT 1951 s. 596 rättsfallet under rubriken tredjemansavtal. Fallet noteras kort i Kleineman a. a. s. 239.

63 Martenius, Konkurrenslagstiftningen, 1985 s. 161 ff., Bernitz, Svensk marknadsrätt 2 uppl. s. 85.

vid mening kontraktsrättslig. Avgörandet bör därför vara vägledande för bedömningen av den nyss återgivna typen av situationer till den del klausulerna i sig är tillåtna.

Det vanliga är emellertid att det är *helt utomstående* näringsidkare som intervenerar i ett bestående avtalsförhållande och att situationen alltså är av utomobligatorisk karaktär. Som redan antytts bygger svensk rätt på principen att konkurrensskador i utomobligatoriska förhållanden utgör ren förmögenhetsskada som normalt är ersättningsgilla endast om de vållats genom brott (2:4 skadeståndslagen) eller om särskild lagstiftning föreskriver skadeståndsskyldighet. Det framgår dock av förarbetsuttalanden och uttalanden av HD att denna för Sverige speciella princip inte är avsedd att vara absolut utan att det finns visst utrymme att i rättspraxis tillämpa skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada utanför det straffbara eller eljest lagreglerade området. En sådan vidareutveckling genom rättspraxis har dock hittills i stort sett uteblivit.[64] Rättsläget har nyligen starkt kritiserats av Kleineman som hävdar att utvecklandet av ett självständigt skadeståndsrättsligt ansvarssystem på konkurrensskadornas område hade varit önskvärt och är att förorda för framtiden.[65]

I särskilda fall kan man tänka sig att handlande som kan karakteriseras såsom otillbörligt ingripande i avtalsförhållande kan medföra skadeståndsansvar på den grunden att *handlandet faller under något av förmögenhetsbrotten i brottsbalken*, t.ex. medverkan till olovligt förfogande (10:4 BrB), medverkan till trolöshet mot huvudman (10:5 BrB) eller medverkan till mannamån mot borgenär (11:4 BrB).[66]

Däremot förefaller det bara finnas ett HD-avgörande, där ett självständigt skadeståndsansvar för ett slags otillbörligt ingripande i avtalsförhållande befunnits föreligga, nämligen NJA 1928 s. 621, *Baggå ångsåg*.[67]

64 Kleineman, Ren förmögenhetsskada, 1987 behandlar primärt just denna frågeställning och innehåller en skarp vidräkning med »spärregeln» i 2:4 SkL. Se vidare bl.a. 4.2 ovan, Hellner, Skadeståndsrätt, 4 uppl. 1985 s. 49 ff. I NJA 1976 s. 282, Hem till byn, övervägde men avvisade HD att på denna väg införa ett skadeståndssanktionerat skydd för egen bild. I NJA 1987 s. 692, Kone där fann HD en värderingsman som vårdslöst utfärdat ett intyg om fastighetsvärdering vara skadeståndsskyldig mot annan än uppdragsgivaren synes dock markera en viss vidareutveckling.

65 Kleineman a. a. särskilt s. 285 f.

66 Civilmål, där dylik skadeståndstalan förs, verkar dock inte vara särskilt vanliga. I AD 1984 nr. 3 utdöms skadestånd för ren förmögenhetsskada orsakad genom brottslig anstiftan till egenmäktigt förfarande (8:8 BrB).

67 Fallet är ingående behandlat av Kleineman, a. a. s. 234 f.

> I detta fall hade den utländske köparen A avtalat med B om köp av trävaror. B överlät fakturan till C, som inkasserade beloppet som betalning för en fordran på B. B gick därefter i konkurs och A fick ej ut varorna. Det speciella i fallet var att C, enligt vad HD fann utrett, hade B under sin ekonomiska kontroll och noggrann kännedom om B:s ekonomiska ställning. C hade förmått B att utställa fakturan. HD förpliktade C att ersätta A dennes förlust och framhöll i domskälen bl.a. att befogenheten enligt köpeavtalet att i visst fall indra betalning för ännu ej levererad vara »utövats i strid mot gott handelsskick».

Man noterar att HD:s konkurrensrättsligt inriktade referens till gott handelsskick inte kunde stödjas på någon lagstiftning. Rättsfallet kan dock, trots sin ålder, knappast betecknas som överspelat, särskilt som man inom doktrinen finner resonans för ett utomobligatoriskt skadeståndsansvar i situationer där en *utomstående agerat kvalificerat otillbörligt i samverkan med den ena avtalsparten*. Sålunda avslutade Karlgren sin ovan i 8.5 berörda »utveckling» i grammofonskivemålet (NJA 1949 s. 645) med följande uttalande:

> Med det anförda har inte förnekats möjligheten av att, om en tredje man så att säga gjort sig skyldig till kvalificerad ond tro genom att vid förvärvet från den obligatoriskt bundne kontrahenten medverka till dennes kontraktsbrott på ett mot 'goda seder' stridande eller eljest klart otillbörligt sätt, skadeståndsansvar kan anses böra åvila tredje mannen.

Härmed kan jämföras ett annat uttalande av Karlgren:

> Under särskilda omständigheter såsom där beteendet enligt gängse uppfattning i samhället framstår som utpräglat illojalt – det föreligger t.ex. en uppsåtlig medverkan från tredje mans sida i denna form till gäldenärens kontraktsbrott ('kollusion') – är dock kanske en skadeståndsskyldighet för tredje man icke utesluten.[68]

De av Karlgren särskilt i det sist citerade uttalandet framdragna aspekterna, har berörts i ett större sakrättsligt sammanhang av Hessler i Allmän sakrätt. Även Hessler begagnar termen *kollusion*. Härmed förstås allmänt att avtalsparten B och den utomstående C nära samverkar i avsikt att skada avtalsparten A eller eljest på ett sätt som är kvalificerat otillbörligt mot A. Det kan t.ex. gälla att genom överlåtelse »få bort» avtalsbindningar som

68 Karlgren, Kollegier i allmän obligationsrätt I, 1952 s. 9. Se även dens. i SvJT 1956 s. 249 f. med s. 250 not 19. Se även Nial i SvJT 1940 s. 682 f. med s. 682 not 3 ang. bokuthyrningsmålet, dens. i Handelsbolag och enkla bolag, 2 uppl. 1983 s. 387 not 1.

åvilar B men som p.g.a. sin obligatoriska karaktär enligt gängse regler inte binder den utomstående C. Föreligger här kollusion mellan B och C (C är t.ex. i kvalificerat ond tro) kan även C bli bunden av avtalsbindningen eller skadeståndsskyldig mot A. Bulvanfall hör hit, men kollusion kan föreligga även när C är en fristående näringsidkare som inte agerar för B:s räkning.[69] Inom ramen för vad som kan bedömas som kollusion ryms sålunda ett visst, men näppeligen särskilt vidsträckt, skydd mot otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Närmast är det fråga om fall som står nära den sakrättsliga problematiken.

Utanför nu berörda situationer, och eventuellt vad som ligger nära dessa,[70] torde däremot någon rättsprincip om ansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållande inte kunna påvisas i Sverige.[71] Detta innebär att utomstående som i andra fall ingriper i bestående exklusivavtal, licensavtal, agentavtal m.m. eller i avtalsrättsligt grundad lojalitetsplikt för arbetstagare eller uppdragstagare, och föranleder den ena avtalsparten till kontraktsbrott inte därigenom ådrar sig skadeståndsskyldighet mot den förfördelade avtalsparten.

Detta rättstillstånd har i allmänhet inte ifrågasatts, dock att det i Kleinemans arbete som nämnts allmänt framkommer en benägenhet att förorda ett vidgat skadeståndsansvar på konkurrensskadornas område. Enligt min uppfattning bör möjligheten att utan lagstöd låta skadeståndsansvar för ren förmögenhetsskada omfatta situationer som faller utanför 2:4 skadeståndslagen uppfattas som en realitet och kunna utnyttjas av domstolarna. Vad gäller ingripande i avtalsförhållanden förefaller det finnas goda skäl till en viss vidareutveckling av nuvarande rättsläge med inriktning på ett ansvar i särskilt otillbörliga situationer, närmast sådana som ligger nära brottsligt förfarande eller eljest ligger i linje med fall som redan torde vara ansvarsgrundande. Något bredare accepterande av de utländska rättsprinciperna på området synes det däremot inte finnas tillräckliga skäl för.

Den rättspolitiska lämpligheten av ett vidsträckt ansvar för otillbörligt ingripande i avtalsförhållanden är i själva verket högst diskutabel. Som an-

69 Hessler, Allmän sakrätt, passim, bl.a. s. 286, 462, 463. Se även Håstad, Sakrätt avseende lös egendom, 2 uppl. 1984 s. 293 samt Rodhe, Handbok i sakrätt, 1985 s. 332 med hänvisning till NJA 1943 s. 370.

70 Bojkotter och liknande skall bedömas enligt konkurrenslagen och förbigås här.

71 Här kan särskilt hänvisas till Rodhe, Handbok i sakrätt, s. 335, Kleineman, Ren förmögenhetsskada s. 235, 284 och, med inriktning på arbetsrätten, Schmidt, Facklig arbetsrätt, 2 uppl. 1979 s. 241 ff., särskilt s. 243. Om finsk rätt på området, Saxén, Skadeståndsrätt, Åbo 1975 s. 74 f.

tytts i avsnitten om utländsk rätt (2–4) medför en sådan rättsprincip att avtalsrättsligt grundade konkurrensförbud av skilda slag får ett väsentligt starkare rättsligt skydd, ett slags tredjemansskydd, något som många gånger är ägnat att verka konkurrensbegränsande. Det skulle t.ex. stämma illa överens med grundtankarna bakom konkurrenslagen att införa ett tredjemansskydd för exklusivavtal inom varudistributionen. På företagshemligheternas område får den nya lagen ses som resultatet av en rättspolitisk avvägning mellan behovet av skydd och intresset av rörelsefrihet.

8.7 Slutord

Med viss generalisering verkar rådande uppfattning i svensk juridisk doktrin vara att otillbörligt ingripande i avtalsförhållande inte skulle existera som rättsfigur i Sverige. Som just konstaterats står det klart att rättsläget är annorlunda hos oss än vad som är vanligt internationellt. Den gjorda genomgången visar emellertid att vi i Sverige – låt vara på ett snävare område – faktiskt tillämpar principen att otillbörligt ingripande i avtalsförhållande kan vara ansvarsgrundande i ett betydande antal situationer. I det föregående har nämnts anstiftan och medverkan till röjande av företagshemligheter, bestickning som metod att ingripa i avtalsförhållanden, vissa kvasikontraktsrättsliga förhållanden såsom handlande i strid mot konkurrensförbud som binder flera i relation till samma motpart, fall av kollusion och liknande där den utomstående agerar kvalificerat otillbörligt i samverkan med den ena avtalsparten samt fall där skadeståndstalan kan föras p.g.a. sådana ingripanden i avtalsförhållanden som utgör medverkan till brott såsom trolöshet mot huvudman, olovligt förfogande, mannamån mot borgenärer m.m.

Slutsatsen blir att rättsfiguren otillbörligt ingripande i avtalsförhållande faktiskt existerar i Sverige, något som bör erkännas inom doktrinen. Denna rättsfigur har dock en internationellt sett snäv räckvidd i svensk rätt och än så länge också rätt oklara konturer.

9 kap. Förbudet mot kombinationserbjudanden vid marknadsföring

9.1 Introduktion[1]

Att konsumenterna erbjuds en tilläggsvara »på köpet», en kupong som berättigar till rabatt vid senare köp av annan vara eller något liknande betraktas av somliga som naturliga inslag i en aktiv, konkurrensinriktad marknadsföring; av andra åter som konsumentpolitiskt allvarliga företeelser som bör mötas med förbud. Bedömningen av kombinationserbjudanden är omdiskuterad i många länder. I Sverige är det den enda specifika typ av marknadsföringsåtgärd, mot vilken man i marknadsföringslagen (MFL) har riktat särskilda straffstadganden.

Dessa stadganden är ofta aktuella både i rättspraxis och rättspolitiskt. Under de år som nuvarande lagstiftning varit gällande har marknadsdomstolen sakprövat ett tjugotal mål som rört kombinationserbjudanden och härigenom rätt väl preciserat rättsläget i många hänseenden. Hos konsumentverket/KO har ett mycket stort antal ärenden på området handlagts under åren, även om övervakning på området nedprioriterats numera. Från rättspolitisk synpunkt kan noteras de riksdagsmotioner med krav på skärpning av nuvarande förbud som tidvis förekommit.[2]

Marknadsföringslagens förbud mot kombinationserbjudanden är också

1 Texten till detta kapitel har i något ändrad form publicerats på tyska, Zugaben und andere kombinierte Angebote in nordischen, insbesondere schwedischen Recht, GRUR Int 1983 s. 476 ff. (Festheft für Ulmer).

2 Se särskilt motion 1978/79: 766. Denna avstyrktes visserligen efter remissbehandling av näringsutskottet och föll i riksdagen, men samtliga socialdemokratiska utskottsledamöter reserverade sig för bifall till motionen, NU 1979/80:12.

av intresse från en mer rättsteknisk synpunkt. De tillhör specialstraffrätten. Åtal får dock endast väckas efter anmälan eller medgivande av KO (17 § 2 st. MFL) och i praktiken har åtal bara väckts i något enstaka fall. En marknadsföringsåtgärd som är straffbelagd anses emellertid eo ipso också utgöra en åtgärd stridande mot generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL och kan därigenom alternativt föranleda förbud, i regel vid vite, med stöd av generalklausulen. I realiteten utgör generalklausulen huvudbestämmelsen och straffstadgandenas huvudsakliga funktion är att konkretisera lagtexten genom att klargöra vad som på ett visst område alltid utgör otillbörlig marknadsföring. Straffsanktionen fyller alltså i detta sammanhang ett väsentligen annat ändamål än de gängse.[3]

I det följande behandlas först olika typer av kombinationserbjudanden, skälen pro et contra förbudslagstiftning samt lagstiftningsfrågans utveckling (avsnitt 9.2). Sedan analyseras gällande svensk rätt sådan den framgår av marknadsdomstolens praxis (avsnitt 9.3–5). Härefter görs en jämförelse med rättsläget i Norge, Danmark och Finland (avsnitt 9.6). I slutavsnittet diskuteras reformbehov och lämpligheten av lagändring.

9.2 Allmän översikt

9.2.1 Olika former av kombinationserbjudanden

Ett kombinationserbjudande, eller med en annan term ett kombinerat utbud, föreligger när två eller flera varor eller tjänster utbjuds kopplade till varandra. Man kan urskilja två huvudtyper, paketerbjudanden och tilläggserbjudanden. Det är de senare som främst tilldrar sig intresset.

Paketerbjudanden karakteriseras av att två eller flera ungefär likvärdiga varor, t.ex. en uppsättning verktyg, bjuds ut till ett gemensamt pris, varvid ingen av varorna i erbjudandet framstår som huvudvaran. Också tjänster kan ingå i »paketet».

Tilläggserbjudanden kännetecknas av att en vara framstår som huvudföremålet för köpet medan den andra varan är ett tillägg till denna.

3 Om förhållandet mellan straffbestämmelserna och generalklausulen, se prop. 1970:57, bl.a. s. 83. Att straffsanktionerade förfaranden samtidigt är otillbörliga enligt generalklausulen fastslogs av marknadsdomstolen redan i MD 1971:1, Kvarnbolaget Nordmills. Se vidare Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring, 1970 s. 293, 336 ff.

I regel tillhandahålls tilläggsvaran utan vederlag eller till ett pris som är särskilt förmånligt eller åtminstone framställs så. I Danmark och Norge använder man den träffande termen *tilgift* (motsvarande tyska Zugabe[4]), ett ord vartill svenskan i detta sammanhang saknar direkt motsvarighet. Tillläggsvaran kan vara ett tillbehör till huvudvaran, exempelvis en bilradio vid köp av en bil, men den kan också helt sakna funktionellt samband med huvudvaran, t.ex. plastleksaker vid köp av frukostflingor. Tillägget kan även utgöras av en rabattförmån som får utnyttjas vid köp av en annan vara, t.ex. rabatt på biltillbehör vid köp av bensin. Tjänster kan också ingå i kombinationen.

Reklamlotterier och pristävlingar kan också ingå i kombinationserbjudanden på det sättet att köp eller beställning av en vara eller tjänst utgör förutsättning för rätt till deltagande. Lotterier och tävlingar har dock sin egen marknadsrättsliga problematik och lämnas därför utanför denna artikel. Enligt fast praxis ger man i Sverige inte tillstånd enligt lotterilagstiftningen för anordnande av reklamlotterier riktade till allmänheten.

Det är kombinationserbjudanden riktade *till konsument* som främst tilldrar sig intresset och behandlas i det följande. Sådana erbjudanden kan emellertid också vara riktade till näringsidkare i senare led eller dessas anställda som en form av säljarpremiering. Det sistnämnda är en ofta kritiserad markadsföringsmetod, som här dock hålls utanför framställningen.[5]

9.2.2 Skälen pro et contra förbudslagstiftning

I den rättspolitiska diskussionen om kombinationserbjudandens lämplighet och tillåtlighet kan man urskilja två huvudlinjer; en förbudslinje, som hävdar att sådana erbjudanden eller i vart fall viktiga former av dem bör vara otillåtna per se (i och för sig), och en missbrukslinje som hävdar att kombinationserbjudanden bör vara tillåtna såvida inte förhållandena i det enskilda fallet motiverar ett ingripande, t.ex. vilseledande presentation.[6]

För *förbudslinjen* brukar, framför allt med sikte på tilläggserbjudanden, anföras följande huvudargument, som hänger nära samman inbördes:

a) tilläggserbjudanden försvårar komsumentens marknadsorientering

4 Den engelska termen är premium offers eller bara premiums.

5 Om säljarpremiering, se bl.a. Pehrson i NIR 1986 s. 305 ff., Bernitz, Svensk marknadsrätt, 3 uppl. s. 142 ff., Svensson-Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt, 5 uppl. s. 354 ff.

6 Se till det följande särskilt den värdefulla rapporten Premium Offers and Similar Marketing Practices, Report by the Committee on Consumer Policy, OECD, Paris 1977. Flertalet av de nedan nämnda argumenten återfinns även i prop. 1970:57 s. 80 ff.

och förmåga att jämföra olika utbud,

b) konsumenterna tenderar att koncentrera sig för mycket på tilläggsvaran och överskatta dennas förmånlighet, något som också är avsikten med marknadsföringsmetoden,

c) varje vara bör säljas i kraft av sina egenskaper och inte med hjälp av tilläggsvaror som för in ovidkommande förhållanden i köpprocessen.

För *missbrukslinjen* brukar främst anföras följande argument:

a) tilläggserbjudanden är en konkurrensstimulerande marknadsföringsmetod, som ofta är effektiv och relativt billig samt inte minst lämpad vid introduktion av nya varor,

b) tidsbegränsade tilläggserbjudanden brukar inte föranleda prishöjning på huvudvaran utan innebär därför en prissänkning på denna och är sålunda en form av priskonkurrens,

c) när ett företag lägger sina marknadsföringskostnader på tilläggserbjudanden kommer detta delvis konsumenterna direkt till godo ekonomiskt, vilket inte är fallet om kostnaderna i stället läggs på t.ex. en annonskampanj.

I båda fallen argumenterar man från konsumentsynpunkt. För en realistisk förståelse av problemen måste man emellertid veta att näringslivsintressena på området inte är enhetliga. Det är framför allt leverantörerna av märkesvaror som har intresse av tilläggserbjudanden såsom en kanal för direkt kontakt med konsumenterna, inte minst i syfte att bryta invanda köpmönster. Den traditionella butikshandeln har däremot ofta sett negativt på dessa leverantörsstyrda erbjudanden och agerat för förbudslagstiftning.

9.2.3 Rättsutvecklingen

I anglosachsiska länder godtas i allmänhet kombinationserbjudanden av olika slag, så länge de inte vilseleder konsumenterna. Var och en som någon tid vistats i USA vet vilken roll inte minst rabattkupongerna spelar där, särskilt i dagligvaruhandeln. I stora delar av Kontinentaleuropa är däremot traditionen en annan. I Tyskland gäller fortfarande den 1932 införda Zugabeverordnung. Den brukar betraktas som ett annex till den tyska lagen mot otillbörlig konkurrens (UWG) och förbjuder tilläggserbjudan-

den, dock med vissa undantag. Liknande förbud finns bl.a. i Frankrike, Belgien och Holland.[7]

I Danmark och Norge infördes ett huvudsakligt tillgiftsförbud redan 1912 respektive 1922 inom ramen för lagstiftningen mot illojal konkurrens. Förbudet tillskyndades av köpmannaorganisationerna. Ett liknande förbudsstadgande föreslogs i 1915 års svenska förslag till lag mot illojal konkurrens.[8] När en mera utbyggd sådan lag omsider kom till stånd 1931 kom den att innehålla ett stadgande i ämnet. Detta försågs dock med ett inskränkande rekvisit, »utnyttjande av allmänhetens godtrogenhet», vars innebörd var oklar från början och som medförde att stadgandet inte fick större betydelse och fram på 1950- och 1960-talen nästan aldrig tillämpades.[9]

På 1960-talet framlade lagstiftningskommittéer i de nordiska länderna förslag till nya lagar mot otillbörlig konkurrens, tillkomna i nordiskt samarbete.[10] I utredningsarbetet hade man tagit intryck av den nya konkurrensbegränsningslagstiftningen med dess konkurrensfrämjande syfte och sökte rensa bort sådana lagstadganden som kunde verka konkurrenshämmande eller uppfattas som tillkomna för att tillgodose speciella näringslivsintressen. Denna linje kom starkt till uttryck i den svenska betänkandetexten och också i det av utredningens ekonomiske expert Ulf af Trolle framlagda materialet.[11] Den stöddes också av den danska utredningen un-

7 Se förutom den i not 4) nämnda rapporten bl.a. Boddewyn, Premius, Gifts and Competitions: An International Survey. A report prepared for the International Advertising Association (IAA) 1978. Rapporten täcker ett mycket stort antal länder. För de kontinentaleuropeiska EG-länderna finns en grundläggande komparativ undersökning av Ulmer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band I, Vergleichende Darstellung, Köln 1965 s. 211 ff., 274 ff. Se även Bernitz, Marknadsrätt, 1969 s. 445.

8 Patentlagstiftningskommitténs betänkanden IV, Förslag till lag mot illojal konkurrens. Se förslagets 12 § och s. 228 ff., 506 f.

9 Stadgandet (2 § IKL) hade rubriken Obehörigt lämnande eller erbjudande av gåva eller liknande förmån och löd:

Den som vid utövning av detaljhandel utan ersättning eller för särskilt lågt beräknat pris lämnar eller erbjuder viss vara, straffes, där förfarandet innebär utnyttjande av allmänhetens godtrogenhet, med dagsböter; ersätte ock uppkommen skada.

Se prop. 1931:175 s. 32 ff., NJA 1935 s. 686, NJA 1937 s. 154 och Levin, Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens. Lagtext och kommentar, 1944 s. 61 ff.

10 I Sverige SOU 1966:71, Otillbörlig konkurrens.

der ordförandeskap av W E von Eyben.[12] Vad gäller kombinationserbjudanden föreslogs i det svenska betänkandet att dessa liksom andra konkurrensåtgärder skulle vara tillåtna så länge de inte utformades på ett vilseledande eller eljest otillbörligt sätt.[13] Detta överensstämde med Näringslivets Opinionsnämnds praxis.[14]

1966 års lagförslag blev som bekant aldrig genomfört utan ledde i stympat och starkt omarbetat skick till 1970 års marknadsföringslag. I dess motiv framträder en mera kritisk syn på kombinationserbjudanden[15] och genom denna lag gick Sverige över till förbudslinjen såvitt gäller rabattmärken. Andra former av kombinationserbjudanden är däremot endast förbjudna under vissa särskilda förutsättningar. De 1970 införda stadgandena i ämnet har senare helt oförändrade överförts till den nuvarande marknadsföringslagen av 1975.

I de övriga nordiska länderna har ny lagstiftning, som markant bygger på förbudslinjen, tillkommit på 1970-talet (härom i 9.6.)

9.3 Rabattmärkesförbudet

Det s.k. rabattmärkesförbudet i 7 § MFL lyder:

> Näringsidkare som erbjuder konsument att mot märke eller annat bevis, vilket utlämnas vid försäljning av vara, tjänst eller annan nyttighet, erhålla annat än pengar dömes till böter eller fängelse i högst ett år. Detta gäller dock ej om beviset ger rätt endast till översyn, reparation eller liknande med avseende på det sålda.

Förbudet är som framgår absolut, bortsett från det särskilda undantaget i

11 Se af Trolle, Studier i konkurrensfilosofi och konkurrenslagstiftning, 1963 s. 42 ff. Se vidare Tengelin, Illojal reklam och annan illojal marknadsföring, NIR 1959 s. 107 ff.

12 Se von Eyben, Konkurrencebegrænsning og illoyal konkurrence, Festskrift til Poul Andersen 1958 s. 114 ff., särskilt s. 125 f., dens., Nordiske forslag til ny lovgivning mod illoyal konkurrence, NIR 1966 s. 184 ff., särskilt s. 191.

13 SOU 1966:71 s. 248 ff.

14 SOU 1966:71 s. 187 ff., Stenshamn, Kombinerade utbud. Svensk opinionsnämndspraxis, NIR 1966 s. 197 ff.

15 Prop. 1970:57 s. 79 ff.

stadgandets andra punkt.[16] Det lämnar alltså inte utrymme för några överväganden i det konkreta fallet om förfarandets lämplighet och dispensmöjlighet saknas. I själva verket är 7 § det enda stadgande i marknadsföringslagen som har karaktären av ett i lagtext fastlagt förbud per se.

Förbudet tillkom och formulerades först under arbetet på propositionen till 1970 års marknadsföringslag. Av förarbetena framgår att förbudet främst föranletts av farhågor för att det utomlands och särskilt i USA inom detaljhandeln mycket utbredda systemet med s.k. trading stamps skulle sprida sig till Sverige.[17] Förbudet har dock givits en större räckvidd och träffar *generellt* näringsidkares erbjudanden till konsument att mot märke eller annat bevis, som utlämnas vid försäljning av en vara eller tjänst, erhålla en förmån som inte utgörs endast av pengar. De typer av bevis, s.k. köpbevis, som stadgandet avser, exemplifieras i motiven med kuponger som är bifogade varan, flikar eller andra delar av förpackningar, burklock och kapsyler.[18]

Märken som är inlösbara *enbart* i pengar faller ej under förbudet. Hit hör kassakvitton som berättigar till återbäring i pengar till skillnad från varor.[19] Ett annat välkänt exempel är bensinföretagens i pengar inlösbara rabattmärken. Förbudet har emellertid gjorts så pass omfattande att därunder faller bevis som ger rätt till rabatt vid inköp eller som alternativt kan lösas in i varor eller i pengar. Det är t.ex. otillåtet att på en tvålförpackning fästa ett synligt märke som berättigar till rabatt vid senare köp av tvättmedel (s.k. cross coupon). Detta motiveras i förarbetena med vikten av att hindra kringgåenden.[20]

Förbudet gäller bara i de fall då beviset tillhandahålls vid försäljning av vara eller tjänst. Utanför faller bl.a. gratisutdelning av rabattkuponger till hushållen samt kuponger som konsumenterna själva kan klippa ut ur annonser. Båda förfarandena är som bekant vanliga i praktiken.

16 Undantagsregeln har inte blivit belyst i marknadsdomstolens praxis. I motiven nämns som exempel att man i samband med bensinförsäljning lämnar ut kuponger som ger rätt till fri service, prop. 1970:57 s. 95.

17 Systemet beskrevs på följande sätt i propositionen: Typiskt sett drivs denna verksamhet på det viset att ett fristående företag säljer märken till detaljhandlare, vilka i sin tur lämnar ut märkena till sina kunder i relation till gjorda inköp. Kunderna skall samla märkena och kan sedan använda dem för betalning av varor som det märkesutgivande företaget tillhandahåller. Dessa varor säljs inte mot annat än märken och är ofta prissatta i märken eller märkespoäng i stället för pengar (prop. 1970:57 s. 79 f.).

18 Prop. 1970:57 s. 95.

19 Prop. 1970:57 s. 95, härtill lagrådet s. 132.

20 Prop. 1970:57 s. 95.

Något åtalsfall från allmän domstol, som belyser tillämpningen av 7 § MFL, verkar ej finnas. Däremot finns ett antal fall från marknadsdomstolen, där KO fört talan enligt generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL men där domstolen haft anledning att överväga innebörden och räckvidden av förbudet i 7 § i sin domsmotivering.

Först kan nämnas MD 1971:1, *Kvarnbolaget Nordmills*. Detta fall, som är det första avgörandet över huvud av marknadsdomstolen (då benämnt marknadsrådet) kan sägas vara ett typexempel.

> Gavlarna till paketen för Kungsörnen kakmix upptog ett erbjudande att mot inskickande av tre urklippta paketgavlar mot postförskott beställa vickningsgafflar för visst pris. Andra Kungsörnen-produkter upptog liknande erbjudanden.
>
> Förpackningarna till Kejsarkronan kakmixer hade ett annat erbjudande: Sänd in toppflikar från två paket Kejsarkronan mix, så får Ni en trevlig liten bakbok. (Den översändes kostnadsfritt.)

Marknadsdomstolen fann båda erbjudandena strida mot nuvarande 7 § och därigenom även mot generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring. Bakbokserbjudandet bedömdes dock som tämligen harmlöst från konsumentsynpunkt.[21]

I några fall har marknadsdomstolen haft anledning att överväga vad som utgör märke eller annat bevis i den mening som avses i 7 § MFL.

> I fallet MD 1980:19, *Verdexa*, förde KO talan mot ett kombinationserbjudande vid marknadsföring av bilar. Verdexa, som bedrev bilförsäljning, erbjöd såsom led i en kampanj under en begränsad tid den som köpte en begagnad bil av företaget till ett pris överstigande 12.000 kronor ett kontokort gällande hos Mobil Oil med ett kontotillgodohavande på 2.500 kronor. Kontokortet var ett betalkort; betalningen skedde månadsvis, viss tid efter avisering. Det gav möjlighet att köpa bensin men även samtliga andra varor ur Mobil Oils sortiment. KO gjorde gällande att kontokortet var att se som ett köpbevis och att marknadsföringen stred mot 7 § MFL.
>
> Marknadsdomstolen delade inte denna uppfattning. Domstolen framhöll som karakteristiskt för de bevis som 7 § avser att konsumenterna mot företeende av beviset erhåller en nyttighet av något slag. Beviset utgör ett slags värdehandling och den erbjudna förmånen är knuten till beviset som sådant. Kontokortet fann domstolen inte ha en sådan innebörd och funktion. Kortet som så-

21 Huvudfrågan i fallet, vilken övergångstid som skulle medges för utförsäljning av lager av förpackningar, som anskaffats före marknadsföringslagens ikraftträdande, saknar numera aktualitet.

dant representerade inte någon nyttighet i vilken det kunde lösas in. Kortet kunde sålunda användas som betalningsmedel också efter det att det ursprungliga tillgodohavandet förbrukats.

Emellertid fann marknadsdomstolen förfarandet strida mot generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL. Domstolen framhöll att förfarandet rent faktiskt var snarlikt den marknadsföring som är straffbar enligt 7 §. Domstolen påpekade att kombinationserbjudandet var ägnat att försvåra för konsumenterna att göra ett rationellt val. Här erinrades om svårigheten att göra en riktig värdering av erbjudandet. Erbjudandet var ägnat att avleda presumtiva bilköpare från det väsentliga i sammanhanget, nämligen bilen och dess pris och egenskaper.

Ett annat förfarande som marknadsdomstolen fällt enligt generalklausulen i 2 § MFL såsom snarlikt vad som är förbjudet enligt 7 § är följande (MD 1982:19, *Haléns Postorder*).

I anslutning till postorderköp erbjöds kunderna att förvärva kaffekoppar och fat ur servisen Måsen. Varje inköp för 100 kr. berättigade till 1 poäng och vid uppnådda 10 poäng (= 1.000 kr.) fick kunden en kaffekopp med fat mot 25 kr. i frakt- och expeditionskostnad (varans angivna värde i handeln cirka 100 kr.). Postorderföretaget skickade då ett brev till kunden med meddelande härom, och varan skickades sedan kunden returnerat brevet undertecknat. Marknadsdomstolen fann att brevet inte utgjorde ett »bevis» i 7 §:s mening men att förfarandet var snarlikt vad som avses i denna bestämmelse. Domstolen framhöll, i linje med vad den uttalat i Verdexa-fallet, att erbjudandet ofta måste antas avleda konsumentens uppmärksamhet från huvudvaran och dess egenskaper till frågor om tilläggsvaran och betalningens storlek.

I fallet MD 1982:11, *Örebro Läns Sparbank*, förde KO talan mot denna bank med yrkande om förbud bl.a. mot att banken erbjöd konsumenter som satte in 5.000 kr. på bankbok i banken före viss dag ett rabatthäfte med rabattkuponer som berättigade till rabatt på vissa tjänster som tillhandahölls av banken. Hit hörde t.ex. rabatt på bankfack och möjlighet att köpa utländsk valuta utan expeditionsavgift. Rabattkupongerna kunde inte lösas in i kontanter, men då banken hade givit samma förmåner också till kontoinnehavare som inte företett någon kupong, gjorde KO ej gällande att regeln i 7 § MFL var direkt tillämplig. Enligt KO:s mening låg emellertid det påtalade förfarandet nära det straffbara.

Marknadsdomstolen ogillade emellertid KO:s yrkande. Domstolen fann att insättning av pengar på bankräkning ej kan jämställas med ett köp – konsumenten frånhänder sig ju ej rätten att förfoga över medlen – och bankens inlåning kunde därför inte betraktas som försäljning. Lagtexten i 7 § MFL upptar som framgått bland sina rekvisit att fråga skall vara om »försäljning av vara, tjänst eller annan nyttighet». Domstolen fann inte heller sparbankens utbud böra kri-

tiseras på samma grunder som dem som legat bakom förbudsstadgandet. Domstolen påpekade särskilt att erbjudandet inte avsåg att stimulera konsumtion utan sparande.

Avgörandena preciserar innebörden av 7 § MFL i några centrala hänseenden. Ett sådant märke eller bevis, som 7 § avser, skall ha karaktären av något slags värdehandling, till vilken den erbjudna förmånen är direkt knuten. Hit hör inte kontokort, men dessa synes via en tillämpning av generalklausulen i 2 § MFL i hög grad kunna jämställas med dylika köpbevis. I kravet på att erbjudandet skall vara knutet till försäljning ligger att det skall avse att stimulera till konsumtion.

Att 7 § MFL inte gäller när köpbeviset är inlösbart i pengar illustreras av MD 1972:3, *B A T*.

Vid köp av cigaretten Plenty medföljde i varje cigarettpaket ett rabattmärke som köparen uppmanades samla och sända in till B A T, som löste in varje märke med 10 öre. Marknadsdomstolen fann inte förfarandet falla under 7 § MFL eller kunna ses som ett kringgående av detta stadgande. En knapp majoritet av domstolen godtog förfarandet som sådant även vid en helhetsbedömning enligt generalklausulen i 2 § MFL. B A T fälldes dock enligt 2 § MFL för att man inte hade tydliggjort hur många märken som minst måste insändas för inlösen.

Förfarandet att vid försäljning bipacka rabattkuponer, avsedda att samlas av konsumenten för att sedan insändas eller inlämnas för inlösen i *pengar* har alltså uttryckligen godtagits av marknadsdomstolen, förutsatt att villkoren för erbjudandet är tydligt angivna.[22]

I MD 1985:30 *Marabou*, belystes frågan i vad mån en s.k. betalcheck uppfyllde lagtextens krav på att den erhållna förmånen måste utgöras av »pengar». Omständigheterna var i korthet följande:

AB Marabou erbjöd den konsument som skickade in ett antal omslag till Marabous chokladkakor och andra produkter att i form av betalcheckar få tillbaka 10–50 kronor. Betalchecken kunde antingen användas som betalningsmedel hos försäljningsställen som sålde livsmedel (den gällde då alla varor och inte endast Marabous), eller skickas in till det företag som administrerade systemet (NKAB), som löste in den i kontanter. Denna typ av marknadsföring hade tidigare tillgått så att konsumenten erhöll en vanlig postanvisning på rabattbelop-

22 Det synes däremot uppenbart att förfarandet i BAT-fallet inte längre är godtagbart vid marknadsföring av tobak med hänsyn till de starka restriktioner som numera gäller på detta område enligt tobaksreklamlagen av 1978.

pet. Denna metod hade emellertid uppvisat en kostnadsutveckling som innebar att utbetalningssystemet inte, med hänsyn till de små belopp det oftast var fråga om, kunde fortsätta.

Marknadsdomstolens majoritet fann att förfarandet stred mot 7 § MFL och därmed var otillbörligt enligt generalklausulen i 2 §. Motiveringen var att betalchecken inte kunde betraktas som »pengar» som är det enda en konsument enligt 7 § MFL får erbjudas i utbyte mot märke eller annat bevis. Domstolen anförde härvid att »pengar» i lagtexten måste innebära sedlar och mynt och andra betalningsmedel som är likvärdiga därmed. Den aktuella betalchecken befanns inte vara likvärdig med t.ex. checkar utställda av bank, bl.a. på grund av att den endast kunde användas som betalningsmedel i försäljningsställen för livsmedel och att bankcheckar inte i första hand är avsedda att brukas som betalningsmedel för varuinköp. Bankcheckens användningsområde är vidare. Två ledamöter i marknadsdomstolen var skiljaktiga och ansåg att betalcheckarna borde jämställas med sedvanliga betalningsmedel och att förfarandet därför inte stred mot 7 § MFL. Minoriteten påpekade att det inte kan ha varit lagstiftarens avsikt att stoppa nya betalningsmedel och att det vore olyckligt om utvecklingen av nya betalningsformer, tillkomna för att möta kostnadsutvecklingen för de gamla, skulle hindras av en lagbestämmelse tillkommen för andra syften.

En viktig utgångspunkt för domstolens resonemang var ett uttalande av departementschefen i förarbetena till marknadsföringslagen där det sägs att »Också bevis som alternativt kan inlösas i varor eller i pengar omfattas av bestämmelsen». Motiven för denna ordning var syftet att förhindra kringgångsförfaranden.

Avgörandet belyser den mycket breda räckvidden av förbudet i 7 § MFL och den bokstavstolkning stadgandet ges av marknadsdomstolen även i en otillbörlighetsbedömning enligt generalklausulen. Det aktuella förfarandet ligger uppenbarligen utanför ramen för vad avsikten var att förbjuda och det är svårt att framleta några bärkraftiga negativa aspekter på förfarandet från konsumentsynpunkt. Det var ju i fallet inte fråga om att binda konsumenter vid köp i vissa inköpsställen eller till vissa slag av varor, utan det var fråga om ett inlösenförfarande i samband med alla slags inköp i svenska livsmedelsbutiker alternativt inlösen i kontanter. För konsumenterna torde värdecheckarna i praktiken ha fungerat ungefär som kontanter. Det är vidare tveksamt om inlösenförfarandet verkligen kan karakteriseras som det i lagtexten angivna förfarandet att näringsidkare »erbjuder» något »annat», eftersom ett sådant erbjudande normalt förknippas med en konkret bindning till viss vara eller visst inköpsställe.

En intressant aspekt är att marknadsdomstolens majoritet uttryckligen avvisade möjligheten att beakta marknadsföringsmetodens fördelar från

leverantörs- och konsumentsynpunkt, t.ex. omständigheter som att rabatten ges direkt från leverantör till konsument utan att risk föreligger för att den försvinner i mellanledens hantering. Domstolen uttalade härvid att lagstiftningen inte i sin nuvarande utformning medger att sådana fördelar särskilt beaktas. Något utrymme för att särskilt beakta systemets lämplighet och värdet av att kunna använda sig av marknadsföringsmetoden som konkurrensmedel ansågs därmed inte finnas. Såsom Pehrson påpekat torde detta innebära att det inte finns något utrymme för att beakta olika ekonomiska aspekter när det är fråga om marknadsföringsåtgärder som strider mot MFL:s straffstadganden.

Innebörden av förbudet mot rabattmärken i 7 § MFL, med automatiskt verkande otillbörlighet enligt 2 § MFL, belyses även av senare praxis avseende erbjudna mängdrabatter med bevis (s.k. »13 på dussinet-bevis»). Innan denna praxis behandlas skall några allmänna synpunkter framställas. Karakteristiskt för sådana erbjudanden är att de, till skillnad från traditionella kombinationserbjudanden och rabattmärkessystem, endast berättigar till rabatt i form av en ökad mängd av samma typ av vara/tjänst som de tidigare förvärvade. Denna typ av erbjudanden används i praktiken för varor och tjänster som typiskt sett inte förvärvas vid ett och samma tillfälle. En erbjuden mängdrabatt avseende sådana varor/tjänster förenas därför med någon form av köpbevis, genom vilket konsumenten kan styrka tidigare inköp och därmed komma i åtnjutande av förmånen, den extra varan. Orsaken till att tillåtligheten av erbjudanden om mängdrabatt med bevis har diskuterats på senare tid är att sådana rabatterbjudanden ter sig tämligen harmlösa från konsumentsynpunkt. De ligger uppenbarligen ganska långt från den typ av märkessystem (trading stamps) som förbudet i 7 § MFL var avsett att förhindra. I många fall torde t.o.m. dylika mängdrabatter med bevis, i jämförelse med åtskilliga andra alternativa marknadsföringsmetoder, vara förmånliga för konsumenter.[23]

En viktig omständighet i sammanhanget är vidare att den ifrågavarande marknadsföringsmetoden utgör ett för leverantörer och tillverkare viktigt konkurrensmedel. I förhållande till detaljhandlare och köpmän är systemet med mängdrabatt ett av de få konkurrensmedel som kan användas av leverantörer för att direkt kommunicera med konsumenter. Systemet fungerar härvid oberoende av de ofta integrerade och koncentrerade mellanledens styrning. Vidare når hela rabatten ograverat konsumenten till skillnad från

23 Mängdrabatt med bevis har ingående behandlats av Carlén-Wendels i Ulf 50, Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt nr. 50, s. 15 ff.

rabattsystem som går via olika distributörer där endast en del av en leverantörsrabatt kommer konsumenten till godo i form av sänkta priser.

I förarbetena till MFL förbigås de här behandlade mängdrabatterbjudandena nästan helt. Det finns dock ett uttalande av lagrådet där problematiken med den breda räckvidden av 7 § MFL (dåvarande 3 §) belyses i vissa hänseenden. I uttalandet anger lagrådet bl.a. att vissa fall av årsomsättningsrabatt och dylikt där erbjudandet är begränsat så att det endast gäller i fråga om kassakvitton som härrör från inköp som konsumenten själv gjort direkt hos den som lämnat erbjudandet, bör undantas från förbudet. Lagrådet anför att företeendet av kassakvittona i detta specialfall endast är ett sätt att styrka omfattningen av gjorda inköp och erbjudandet är då knutet till inköpen och inte till kvittona. Lagrådets gränsdragning mellan tillåtna och otillåtna fall utgör en precisering av stadgandets tillämpningsområde till att träffa förmåner som är direkt knutna till det utlämnade märket, s.k. »fritt cirkulerbara bevis», medan kassakvitton som härrör från inköp som konsumenten själv gjort direkt från den som lämnat erbjudandet, såsom vissa fall av årsomsättningsrabatter och dylikt, inte skall omfattas av förbudet. Den senare formen av erbjudande anses endast utgöra ett sätt för kontantkunden att styrka omfattningen av gjorda inköp och faller därmed inte under förbudet. Sammantaget ger således lagrådets uttalande uttryck för en i praktiken subtil distinktion mellan användning av fritt cirkulerbara bevis där förmånen knutits till märket som sådant och användning av kassakvitton som enbart används för att styrka omfattningen av tidigare inköp.

Marknadsdomstolen har avgjort tre fall som gällt den närmare tillämpningen av rabattmärkesförbudet i 7 § MFL på olika former av mängdrabatterbjudanden med bevis. Marknadsdomstolen har härvid tagit den gränsdragning som gjordes av lagrådet i det ovan relaterade uttalandet till utgångspunkt.

I MD 1988:2, *Önskebutikerna*, gällde rabattkortserbjudandet glas- och porslinsartiklar där vid köp av delar inom samma servis en s.k. samlarbonus kunde utnyttjas. Bonussystemet innebar att kunden vid varje köp av delar till en viss servis erhöll en stämpel i ett bonuskort. När kortet innehöll elva stämplar fick kunden den tolfte delen utan extra kostnad. KO grundade sin talan på förhållandet att systemet med bonuskorten stred mot 7 § MFL och därmed var otillbörligt enligt generalklausulen i 2 § MFL. KO riktade kritik även mot Önskebutikernas speciella system för att föranleda svårigheter för konsumenterna att avgöra det verkliga priset på varan. Önskebutikerna medgav att förfarandet med bonuskort visserligen träffades av ordalydelsen i 7 § MFL, men hävdade att sy-

stemet med rabattkort som berättigar till en vara av samma slag som de som tidigare förvärvats av olika skäl var tillåtet. Till stöd härför åberopade bolaget bl.a. att lagstadgandet inte var avsett att förbjuda förfaranden av det aktuella slaget, det ovan relaterade förarbetsuttalandet av lagrådet rörande förbudets räckvidd och att bolagets erbjudande, trots att det faller under ordalydelsen i 7 §, p.g.a. sin fördelaktighet från konsumentsynpunkt inte kunde anses otillbörligt enligt 2 § MFL.

Marknadsdomstolen gick dock på KO:s linje och förbjöd användningen av bonuskorten då förfarandet stred mot ordalydelsen i 7 § MFL. Domstolen fann inte att de av svaranden åberopade förarbetsuttalandena, som uppfattades som ej helt entydiga, kunde tas till intäkt för att mot lagtextens klara lydelse inskränka stadgandets tillämpningsområde i någon väsentlig mån. Marknadsdomstolen konstaterade att vad som enligt lagrådet inte omfattas av förbudet är fall då bevis lämnas ut som led i ett under längre tid bestående kundförhållande och inte framstår som självständiga bärare av den erbjudna förmånen. I de fallen erhålls enligt domstolen förmånen inte »mot beviset» utan enligt andra grunder. Det aktuella bonuskortet ansågs inte utgöra ett sådant erbjudande som var begränsat till ett bestående kundförhållande mellan en bestämd näringsidkare och dennes kunder, utan framstod som självständig bärare av den erbjudna förmånen. Marknadsdomstolen anförde vidare att otillbörligheten i första hand måste avgöras efter lagtexten och inte allehanda konsumenthänsyn, lämplighets- och andra praktiska skäl till stöd för att det aktuella förfarandet borde godtas. Marknadsdomstolen påpekade härvid att stadgandet inte kan ändras på annat sätt än genom lagstiftning.

I MD 1989:12, *Statoil*, var det fråga om ett snarlikt bonussystem. Kunderna erhöll stämplar i ett s.k. tvättkort vid varje utnyttjande av Statoils biltvätt, vilket vid fem st. tvättar gav förmånen av att tvätta bilen utan extra kostnad den sjätte gången. I målet berördes den särskilda frågan om förfarandet var att se som ett »ringa fall» som enligt 9 § 2 st. MFL inte skall rendera straff för gärning som avses i bl.a. 7 § MFL och därmed inte heller resultera i förbud enligt 2 § MFL. Regeln aktualiserades med anledning av att rabattkortsystemet kunde betraktas som tämligen harmlöst från konsumentsynpunkt. Domstolen avvisade dock denna argumentation och förbjöd Statoil att använda sig av de ifrågavarande tvättkorten.

Omständigheterna i Statoil-ärendet skiljde sig delvis från målet rörande Önskebutikernas samlarbonus, eftersom tvättrabatten endast gällde medlemmar i den s.k. Statoil Premium Club som omfattar Statoils kontokortsinnehavare. Statoil hävdade att denna omständighet konstituerade ett sådan perdurerande kundförhållande som marknadsdomstolen i fallet med Önskebutikernas samlarbonus uppställde som krav för att godkänna erbjudande om mängdrabatt med bevis. Vidare var tvättkortet enligt Statoil personligt. Marknadsdomstolen ansåg dock att tvättkortet var att betrakta som ett bevis som i fullständigt skick

gav konsumenten rätt till annat än pengar och att de av Statoil åberopade omständigheterna inte ändrade detta. Bakom domstolens knapphändiga uttalanden i detta hänseende ligger sannolikt förhållandet att en tolkning av det berörda lagrådsuttalandet av innebörd att användning av personliga rabattkort knutna till ett bestående kundförhållande inte skulle träffas av förbudet i 7 §, skulle begränsa räckvidden av rabattmärkesförbudet »mycket starkt i förhållande till vad som framgår av lagtexten och av lagmotiven i sin helhet». En sådan lagtolkning kunde enligt domstolen inte komma i fråga.

I det senaste fallet rörande mängdrabatt med bevis som prövats av marknadsdomstolen (MD 1990:4) gällde det ett erbjudande av *Storstockholms Lokaltrafik (SL)* av innebörd att den konsument som sparade s.k. månadsmärken för tio månaders resor genom att klistra in märkena i SL:s samlarhäfte, kunde byta ut häftet mot två extra månadsmärken. Marknadsdomstolen fann med rösterna 4 mot 3 att erbjudandet vid en helhetsbedömning inte var att betrakta som sådant förfarande som träffas av förbudet i 7 § MFL. Domstolens majoritet framhöll bl.a. att månadsmärkena användes kontinuerligt som färdbiljetter, att de var personliga och att det efterföljande bonuserbjudandet endast gällde för inköp som konsumenten själv gjort hos SL. Bonuserbjudandet ansågs lämnat som led i ett under längre tid bestående kundförhållande. Minoriteten fann däremot att SL:s märken som förbrukats som färdbiljetter inte i mindre grad än de rabattkort som bedömdes i de ovan behandlade fallen (Önskebutikerna respektive Statoil) var att betrakta som självständiga bärare av förmånen. Några avgörande skillnader mellan SL:s mängdrabattsystem och Önskebutikernas respektive Statoils förelåg enligt minoriteten inte utan kundrelationen och den personliga anknytningen av förmånen var i huvudsak densamma.

Vid en sammantagen bedömning av marknadsdomstolens praxis rörande mängdrabatt med bevis, måste frågetecken resas inför domstolens resonemang och gränsdragningar. Utgångspunkten är att stadgandet i 7 § MFL är formulerat i svepande ordalag. Ordalydelsen ger vid handen att i princip alla former av mängdrabatt med bevis formellt faller under förbudet. Det är tydligt att marknadsdomstolen känt sig bunden av straffstadgandets utformning även vid en bedömning enligt generalklausulen i 2 § MFL. Bedömningsprinciperna har helt dominerats av straffrekvisiten och dessas tolkning. Detta leder i sak till den något märkliga konsekvensen att erbjudanden som vid en helhetsbedömning är harmlösa och närmast fördelaktiga från konsumentsynpunkt är förbjudna. Enligt min mening förefaller domstolens praxis inte lyckad, särskilt med avseende på de något konstruerade gränsdragningarna mellan tillåtna och otillåtna former av användning av rabattkortsystem som domstolen tvingats att göra. Särskilt distinktionen mellan SL:s bonuserbjudande och Önskebutikens respektive Statoils

erbjudanden ter sig mera subtil än övertygande.[24] Vidare har bedömningen nästan helt abstraherats från den ifrågavarande marknadsföringsmetodens för- respektive nackdelar från konsumentsynpunkt. Bedömningen har blivit inriktad på en strikt lagtolkning och tolkning av förarbetsuttalanden där skillnaderna från konsumentsynpunkt mellan tillåtna och otillåtna fall ter sig diffusa.

9.4 Förbudet mot andra kombinationserbjudanden

9.4.1 Regelstrukturen

Rabattmärkesförbudet framstår som ett specialstadgande i förhållande till förbudet mot andra former av kombinationserbjudanden i 8 § MFL. Detta lyder:

> Näringsidkare som i annat fall än som avses i 7 § till konsument bjuder ut två eller flera varor för ett gemensamt pris eller erbjuder konsument att vid köp av vara förvärva även annan vara utan ersättning eller mot särskilt lågt pris dömes, om varorna uppenbart saknar naturligt samband och förfarandet försvårar för konsumenten att bedöma erbjudandets värde, till böter eller fängelse i högst ett år. Vad som sägs här om vara gäller även tjänst och annan nyttighet.

Stadgandet omfattar som synes både paketerbjudanden och tilläggserbjudanden. Dessa kan avse såväl vara som tjänst eller annan nyttighet eller kombinationer av dessa.

Stadgandets räckvidd begränsas av tre rekvisit, som alla måste vara *uppfyllda samtidigt*, nämligen

a) erbjudandet skall vara riktat till konsument,

b) de erbjudna varorna (tjänsterna eller nyttigheterna) skall uppenbart sakna naturligt samband (*sambandsrekvisitet*) och

c) förfarandet skall försvåra för konsumenten att bedöma erbjudandets värde (*försvåranderekvisitet*).

24 Se vidare Pehrsons välgrundade kritik av SL-fallet och bakomliggande praxis i JT 1989–90 s. 660 ff.

Båda de sistnämnda rekvisiten har kommit under marknadsdomstolens bedömning i en rad fall, där KO:s talan enligt generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL aktualiserat ett ställningstagande till räckvidden av 8 § MFL. Några rättsfall av intresse från allmän domstol i anledning av åtal för överträdelse av 8 § MFL föreligger däremot ej.

9.4.2 Sambandsrekvisitet

Skälet till sambandsrekvisitet är enligt motiven att undvika förbud mot sådana kombinerade utbud som kan vara klart förmånliga från konsumentsynpunkt. Som exempel nämns i motiven att en uppsättning varor med ett gemensamt användningsområde säljs för ett gemensamt, rabatterat pris. Vidare framhålls att man inte bör hindra en önskvärd produktutveckling som medför, att vad som vid en viss tidpunkt är att betrakta som en särskild vara med karaktär av tillbehör till en annan vara med tiden övergår att bli så allmänt förekommande i samband med den andra varan att den framstår som en integrerande del av denna, t.ex. säkerhetsbälten för bilar. Vidare nämns varuemballage som i efterhand kan utnyttjas för annat ändamål, såsom dricksglas som förpackning för senap.[25] Om rekvisitet uttalades ytterligare i specialmotiveringen:

> Frågan om naturligt samband föreligger bör ses från konsumentens synpunkt... Genom ordet uppenbart markeras... att bestämmelsen skall tillämpas bara i sådana fall där de olika varorna och tjänsterna helt saknar naturligt samband med varandra. Från bestämmelsens tillämpningsområde torde härigenom uteslutas inte bara sådant som att en vara säljs jämte visst tillbehör eller att flera varor med gemensamt användningsområde säljs tillsammans utan också sådant som att det vid försäljning av en vara av visst slag biläggs en annan vara, vilken typiskt sett är av intresse för samma kundkrets som huvudvaran, även om varorna inte skall användas tillsammans. Sålunda torde normalt få anses att olika hushållsartiklar har naturligt samband med varandra.[26]

Det sagda synes innebära att de bägge produkterna skall vara inriktade på samma konsumentkategori och avsedda att användas om inte samtidigt så dock i relativt närliggande situationer.[27]

I samband med tillkomsten av 1975 års utbyggda marknadsföringslag

25 Prop. 1970:57 s. 82 f.

26 Prop. 1970:57 s. 96.

27 Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 293, se även Knutsson, Hur man får och inte får göra tilläggserbjudanden, tidskriften Resumé 1970 nr. 1.

hade departementschefen att ta ställning till en framställning från KO att skärpa utformningen av nuvarande 8 § MFL. KO hade bl.a. föreslagit att lagtextens krav på att avsaknaden av naturligt samband skall vara »uppenbart» skulle utgå. Departementschefen godtog ej KO:s ändringsförslag och framhöll bl.a., att kravet att de utbjudna varorna skall »uppenbart» sakna naturligt samband är ett uttryck för att endast särskilt kvalificerade förfaranden bör omfattas av straffbestämmelsen. Han påpekade dock att mildare former av otillbörliga kombinationserbjudanden kan beivras enligt generalklausulen och att innehållet i denna praxis kan förskjutas med tiden, bl.a. som ett resultat av ändrade värderingar.[28]

Sambandsrekvisitets innebörd har blivit väl belyst av marknadsdomstolen. Redan under det första verksamhetsåret fick domstolen tillfälle att göra viktiga klarlägganden i två mål, där en flaska luktvatten hade kopplats som tilläggserbjudanden till prenumeration på veckotidningar (Vecko-Revyn respektive Svensk Damtidning). Förfarandet att marknadsföra veckotidningsprenumerationer med stöd av denna typ av tilläggserbjudanden var vid denna tid mycket utbrett.

I det ena fallet, MD 1971:6, *Åhlén & Åkerlunds Förlag* erbjöds prenumeration på Vecko-Revyn i 11 respektive 16 veckor »och en flaska Ecusson på köpet». I målet hävdade förlaget att det fanns ett naturligt samband mellan luktvattenserbjudandet och en tidning av Vecko-Revyns karaktär, eftersom denna främst lästes av kvinnor och ägnade stort redaktionellt utrymme åt personlig hygien och skönhetsvård. Domstolen fann dock att naturligt samband saknades och påpekade att Vecko-Revyn även behandlade åtskilliga andra ämnen och att den kundkrets till vilken både luktvatten och Vecko-Revyn närmast riktade sig var så vidsträckt, att dess enda begränsning bestod i att den utgjordes av kvinnor.

I målet MD 1971:7, *Saxon & Lindström Förlag* angående Svensk Damtidning var utgång och motivering likartad.

En i viss mån likartad problematik ställdes marknadsdomstolen inför i fallet MD 1979:24, *Don George* angående kopplingen skateboard-jeans.

En klädesbutik i Göteborg (Sergeant Pepper) annonserade:

»Du får köpa en skateboard från staterna till superlåga 98 spänn (ord. pris 165:–) när Du köper ett par jeans hos oss.» Företaget framhöll inför marknadsdomstolen att det fanns ett visst naturligt samband på det sättet att jeans är den självklara byxan för skateboardåkare. Domstolen delade ej detta synsätt och tog i sin ganska utförliga domsmotivering utgångspunkt i det ovan citerade förar-

28 Prop. 1975/76:34 s. 120.

betsuttalandet om fall där den ena varan utgör tillbehör eller varorna har ett gemensamt användningsområde. Domstolen fann det klart att rullbräde inte kan ses som tillbehör till jeans. Vad gällde frågan om gemensamt användningsområde påpekade domstolen, att visserligen torde rullbrädesåkare i regel bära jeans men bara en mindre del av jeansbärarna var rullbrädesanvändare. I själva verket sammanföll förbrukargrupperna bara till en obetydlig del. Domstolen gjorde härvid en jämförelse mellan skor och glasögon: de som har glasögon har också skor men de som har skor har oftast inte glasögon.

Marknadsdomstolen har vidare funnit medlemskap i en frysförening som tilläggserbjudande vid köp av hushållsmaskiner såsom tvättmaskiner och dammsugare sakna naturligt samband (MD 1972:6, *Elåg-Produkter*).[29] Naturligt samband har inte heller ansetts föreligga mellan köp av förlovningsringar och tilläggsförmånen presentkort på båtresa jämte måltid (MD 1986:9, *Göta Ädelmetall*).

I två fall som rört kombinationer mellan köp av bensin och tilläggsvaror av obetydligt värde, s.k. smyckesten respektive ett kuvert med djurbilder, har det stått helt klart att naturligt samband saknats mellan huvudvara och tilläggsvara (MD 1972:15, *Mobil Oil* respektive 1973:7, *Svenska Esso*).

Gränsdragningen har främst ställts på sin spets i två fall som rört tilläggserbjudanden vid försäljning av uppslagsverk.

I det första fallet erbjöds en transistorradio såsom »på-köpet-gåva» vid köp av Lilla Uppslagsboken (MD 1975:19, *Förlagshuset Norden*). I detta fall godtog inte domstolen Förlagshusets uppfattning att uppslagsverket och transistorradion hade ett gemensamt användningsområde som kunskapsförmedlare. Domstolen åberopade förarbetsuttalandet att frågan om samband saknas skall ses från konsumentsynpunkt.

I det senare fallet erbjöds en enklare jordglob till nedsatt pris som tilläggsvara vid köp av uppslagsverket Data (MD 1977:6, *Bokförlaget Data*). Detta fall fick motsatt utgång. Marknadsdomstolens majoritet fann »det inte vara ett långsökt betraktelsesätt att den som vill förskaffa sig en viss översiktlig orientering i anslutning till ifrågavarande uppslagsverks geografiska notiser kan tycka sig ha anledning att komplettera studiet av uppslagsverket med studium av en

29 Marknadsdomstolen har helt naturligt inte funnit sambandsrekvisitet uppfyllt när ett postorderföretag med omfattande sortiment erbjudit kunder, som köpt varor för visst belopp, en tilläggsvara till rabatterat pris ur ett litet specialsortiment av sådana varor, MD 1982:19, *Haléns Postorder*.

I sammanhanget kan även nämnas MD 1986:24, *Cykel-City*. I ärendet betraktades ett erbjudande om gratis hemkörning vid köp av cykel ej som ett tilläggserbjudande i vanlig mening. Det kan noteras att ordet »gratis» i sammanhanget befanns vara tillåtet.

jordglob sådan som den aktuella». Domstolen synes i viss mån ha jämställt jordgloben med ett tillbehör. Två reservanter fann dock, med utförlig motivering, sambandet alltför obetydligt.

Skillnaden uppslagsverk–transistorradio och uppslagsverk–jordglob belyser de subtila och inte särskilt övertygande distinktioner som lagtexten lett till i praxis.

Avslutningsvis kan nämnas två fall där marknadsdomstolen prövat tillåtligheten av kombinationserbjudanden enligt generalklausulen i 2 § MFL, men där det stått klart att naturligt samband mellan erbjudandena förelegat. I det ena fallet erbjöds den som under en kampanjvecka köpte kosmetiska produkter av märket Clinique för visst belopp kostnadsfritt tre make-up preparat av samma fabrikat (MD 1973:26, *NK*). Det andra fallet gällde erbjudande om ny film »på köpet» i samband med framkallning och kopiering av film (MD 1976:27, *Hasse Foto*). I ett fall angående parallella erbjudanden (berört under 9.5) konstaterade domstolen i sin motivering att en bindning tidskriftsprenumeration-pristävling skulle ha varit lagstridig (MD 1973:18, *Readers Digest*). Marknadsdomstolen har sålunda funnit att naturligt samband *saknas* i fråga om

a) tidskriftsprenumeration–luktvatten,
b) tidskriftsprenumeration–pristävling,
c) jeans–rullbräde (även skor–glasögon),
d) hushållsmaskiner–frysförening,
e) bensin–smyckestenar respektive djurbilder,
f) uppslagsverk–transistorradio.
g) förlovningsringar–båtresa.

Domstolen har funnit naturligt samband *föreligga* mellan

a) uppslagsverk–jordglob,
b) filmframkallning–ny film,
c) olika kosmetiska preparat av samma märke.

9.4.3 Försvåranderekvisitet

Rekvisitet att förfarandet skall försvåra för konsumenten att bedöma erbjudandets värde är endast kortfattat berört i förarbetena till 1970 års marknadsföringslag. Där framhålls att rekvisitet avgränsar förbudet till vad som från etisk synpunkt ter sig särskilt betänkligt. Mer konkret anges att rekvisitet avser att utesluta fall där tilläggsförmånen är av helt obetyd-

ligt värde, också uttryckt såsom »rent bagatellartade förfaranden», eller utgörs av ett varuprov som tydligt är avsett att främja avsättningen av huvudvaran.[30]

Försvåranderekvisitet utgör som framgår av lagtexten egentligen endast en precisering av det grundläggande krav att marknadsföring skall vara vederhäftig och inte får vara ägnad att vilseleda, som ligger bakom generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring. Lagtexten innebär, att sådana kombinationserbjudanden vars värde redovisas öppet och klart för konsumenterna normalt faller utanför förbudet.[31]

Som redan nämnts godtogs inte i samband med marknadsföringslagens utbyggnad 1975 ett förslag från KO om skärpning av 8 § MFL. KO hade förordat att rekvisitet »försvåra att bedöma erbjudandets värde» skulle utgå ur lagtexten. Departementschefen uttalade härvid att »rekvisitet i sig kan anses uttrycka vad som avses med vilseledande marknadsföring». Han tillade dock följande om när ett försvårande att bedöma erbjudandets värde torde föreligga:

> Så torde normalt vara fallet om det mellan de utbjudna nyttigheterna inte finns ett funktionellt betingat brukssamband av det slag som KO anger. Även förfaranden där tilläggsförmånen är av ringa eller intet värde torde vara otillbörliga, nämligen om de är ägnade att undanskymma förhållanden kring det egentliga erbjudandet, som är av betydelse för konsumentens bedömning av detta. Tillräcklig praxis kan dock inte anses föreligga för att avgöra om otillbörlighetsbegreppet har fått en snävare innebörd än den som jag här har angett.[32]

Uttalandet kan uppfattas som en viss kritik av avgöranden av marknadsdomstolen, som hade gått KO emot (se nedan), men åtföljdes inte av förslag till lagändring och blev inte närmare kommenterat under riksdagsbehandlingen. Marknadsdomstolen har aldrig åberopat uttalandet och det nedan behandlade fallet MD 1977:6, *Bokförlaget Data*, kan närmast ses som ett avståndstagande. Då uttalandet inte var knutet till en lagändring får dess betydelse som rättskälla anses tvivelaktig.[33]

Försvåranderekvisitet har bedömts i en rad fall i marknadsdomstolen. Också när det gäller detta rekvisit framstår rättsfallen om marknadsföring av veckotidningsprenumeration respektive uppslagsverk som klarläggan-

30 Prop. 1970:57 s. 83, 96.
31 Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 291.
32 Prop. 1975/76:34 s. 121.
33 Jfr Strömholm, Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1981 s. 331.

de.

MD 1971:6, *Åhlén & Åkerlunds Förlag* gällde prenumeration på Vecko-Revyn under 16 eller 11 veckor för visst pris »och en flaska Ecusson på köpet». Domstolen fann erbjudandet strida mot 4 § MFL (sambandsrekvisitet ansågs ej uppfyllt, se ovan) och framhöll angående försvåranderekvisitet att uppgifter saknades om ordinarie prenumerationspris för en jämförbar tidsperiod och om luktvattensflaskans volym. Konsumenternas möjligheter att rätt värdera erbjudandet försvårades också av att luktvattensflaskan normalt inte såldes i erbjuden volym och att prenumerationserbjudandena avsåg udda tidsperioder (11 respektive 16 veckor). Domstolen påpekade även att luktvatten tillhör ett produktområde där konsumentens behovstillfredsställelse i hög grad styrs av subjektiva känsloupplevelser som lätt leder till att produkten övervärderas.

Samma utgång, med i stort sett likartad motivering, fick MD 1971:7, *Saxon & Lindströms förlag* angående kombinationen prenumeration på Svensk Damtidning – en flaska luktvatten.[34].

I fallet MD 1975:19, *Förlagshuset Norden*, där en transistorradio erbjöds »som tilläggsvara vid köp av Lilla Uppslagsboken», uppgavs uppslagsverkets pris vid kontant köp till 735 kr., medan radions värde angavs till cirka 130 kr. Marknadsdomstolen, som inte fann sambandsrekvisitet uppfyllt (se ovan), framhöll att i ett kombinationserbjudandes natur kan sägas ligga att det avleder konsumentens uppmärksamhet från priset på huvudvaran. Svårigheten för konsumenten att bedöma erbjudandets värde i förevarande fall betingades väsentligen av ovissheten om priset 735 kr. inkluderade radion eller ej. Domstolen pekade också på tilläggsvarans relativt sett höga värde, den varierande prisnivån på radioapparater samt att säljaren i sin reklam använde formuleringen »det låga priset under höstens kampanj», trots att verket såldes till ordinarie pris. Vid en samlad bedömning fann domstolen att rekvisiten för straffbarhet i 8 § MFL var uppfyllda.

Gränsdragningen till det tillåtna markeras även i fråga om försvåranderekvisitet av det andra uppslagsbokfallet, MD 1977:6, *Bokförlaget Data*.

Uppslagsverket såldes vid kontantbetalning för 695 kr., jordgloben såsom en tilläggsvara – som konsumenten kunde avstå från – för 48:50. I reklamen angavs att globen normalt kostade cirka 180 kr. Domstolen fann att tilläggserbjudandet inte »nämnvärt» försvårade bedömningen av erbjudandets värde och fram-

34 I förbigående kan nämnas MD 1972:6, *Elåg-Produkter* ang. kombinationen köp av hushållsmaskin–medlemskap i frysförening. Här förekom en klart oseriös argumentation om fördelarna med medlemskap i frysföreningen, vilken för övrigt gick i konkurs medan fallet handlades i marknadsdomstolen. Se även MD 1982:19, *Haléns Postorder*, behandlat nedan under 9.5.2.

höll särskilt att jordglobens ordinarie pris kunde kontrolleras av konsumenterna och att priset för uppslagsverket var detsamma oberoende av om globen ingick i köpet eller inte.[35]

Skillnaden mellan förevarande fall och de två tidigare behandlade (Åhlén & Åkerlunds respektive Förlagshuset Norden) ligger främst däri att man här klargjort priset på huvudvaran respektive tilläggsvaran var för sig och gett konsumenterna möjlighet att välja mellan att köpa enbart huvudvaran eller huvudvaran jämte tilläggsvaran.

I två, ganska likartade, avgöranden av marknadsdomstolen har det varit fråga om *tilläggsvara av obetydligt värde*. I det första fallet, MD 1972:15, *Mobil Oil* erbjöds konsumenterna att för var femtonde liter tankad bensin få en »smyckesten» värd cirka 50 öre. I det andra fallet, MD 1973:7, *Svenska Esso*, erbjöds konsumenterna för var tjugonde liter tankad bensin ett kuvert med djurbilder (samlarbilder). Marknadsdomstolens majoritet fann i båda fallen att erbjudandenas obetydliga värde i förening med konsumentens prismedvetenhet i fråga om bensinpriser medförde att erbjudandena inte i tillräcklig mån försvårade för konsumenterna att bedöma erbjudandets värde. Avgörandena ligger i linje med de ovan återgivna förarbetsuttalandena om bedömningen av bagatellfall.

9.4.4 Slutsatser om rättsläget

Både sambands- och försvåranderekvisiten har visat sig rätt svårtolkade. Marknadsdomstolen har ibland nödgats göra subtila gränsdragningar. Den har dock inte tvekat att göra detta och det är påtagligt att KO ofta inte har haft framgång med sin talan. Även om marknadsdomstolen inte kan utdöma straffansvar utan endast har att ta ställning till om förfarandena ifråga objektivt stridit mot det straffsanktionerade stadgandet i 8 § MFL och på denna grund alltså är otillbörliga enligt generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring, synes domstolen ha utgått från vedertagna principer om att straffstadganden bör tolkas restriktivt.

När det gäller »naturligt samband» har domstolen sålunda inte extenderat lagtexten utan hållit fast vid att det endast är fall där naturligt samband uppenbart saknas som träffas av 8 § MFL. Härpå tyder bl.a. domstolens,

35 Två reservanter i domstolen ville fälla bokförlaget och förde ett intressant resonemang om att »taktisk» prissättning på tilläggsvaran i förening med konsumenternas svårigheter att rätt bedöma priset på en sådan huvudvara som en uppslagsbok ledde till att konsumenterna överskattade värdet av kombinationserbjudandet som helhet.

ganska välvilliga, godtagande av sambandet uppslagsverk–jordglob. Domstolens praxis är dock inte så omfattande att den på långt när belyser ens de tre huvudtyper av naturligt samband som direkt nämnts i förarbetena, nämligen tillbehör, gemensamt användningsområde och varor av intresse för samma kundkrets.

Vid tillämpningen av försvåranderekvisitet har marknadsdomstolen i samtliga fall gjort en helhetsbedömning på grundval av föreliggande omständigheter, även om särskild vikt lagts vid konsumenternas möjligheter att bedöma huvudvarans respektive tilläggsvarans värde. Bedömningen skiljer sig till sin karaktär föga från bedömningen av vederhäftighets- och vilseledandefrågor i allmänhet enligt generalklausulen i 2 § MFL. I de fall, där marknadsdomstolen fällt, har erbjudandet – åtminstone delvis – presenterats rörigt och oklart, i förening med överdrivna påståenden eller särskilt suggestiva moment som försvårat konsumenternas bedömning. För att ett erbjudande *inte* skall strida mot 8 § MFL torde fordras, dels att erbjudandet saknar nu nämnda inslag, dels att det tydligt klargör både huvudvarans och tilläggsvarans värde och förhållandet mellan det erbjudna priset och varornas normala marknadspris samt, i förekommande fall, den tid under vilken erbjudandet gäller.

Vidare anses tilläggserbjudanden av obetydligt värde vara bagatellartade och därför inte strida mot 8 § MFL. Denna specialregel är förankrad i motiven och domstolens praxis men framgår i och för sig knappast av lagtextens lydelse.

9.5 Bedömningen av kombinationserbjudanden enligt generalklausulen

9.5.1 Utgångspunkter

Karakteristiskt för lagstiftningstekniken i marknadsföringslagen är som framgått att de straffsanktionerade förbuden mot kombinationserbjudanden i 7 och 8 §§ MFL inte skall ses isolerade utan som preciseringar på ett par viktiga punkter av innebörden av den grundläggande generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring i 2 § MFL. Förfaranden som faller inom ramen för straffstadgandena anses eo ipso också strida mot generalklausulen. Denna kan emellertid också användas mot kringgående m.m.

I motiven framhöll departementschefen att generalklausulen kan och bör användas för att förhindra kringgående av de straffsanktionerade specialbestämmelserna. Det måste nämligen i och för sig bedömas som otillbörligt att använda en marknadsföringsmetod som i sak mycket nära påminner om en straffbar metod och som kan kritiseras på samma grunder som dem vilka har motiverat straffbestämmelsen.[36]

Departementschefen yttrade vidare att straffbestämmelserna torde täcka de flesta typer av kombinerade utbud som ter sig betänkliga från etisk synpunkt, men att det kan förekomma metoder som framstår som otillbörliga utan att falla under någon av straffbestämmelserna, t.ex. vissa fall av gemensamt utbud av varor som inte uppenbart saknar naturligt samband.[37]

Uttalandena om kombinationserbjudanden som framstår som kringgående av de straffsanktionerade förbuden eller som kan kritiseras på samma grunder som dessa synes ta sikte på fall där själva kombinationserbjudandet som sådant kan bli förbjudet enligt generalklausulen i 2 § MFL. I det särskilda fallet kan emellertid generalklausulen bli tillämplig också på kombinationserbjudanden som inte tillhör denna kategori utan i och för sig är tillåtna. Man måste alltså skilja på kombinationserbjudanden som är otillåtna i och för sig (per se) och sådana som är tillåtna i och för sig, men som i det konkreta fallet utformas på ett sätt som framstår som otillbörligt enligt generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring. Här märks främst det fallet att erbjudandet presenteras på ett sätt som strider mot det grundläggande kravet på vederhäftighet i marknadsföring.

9.5.2 Domstolspraxis

I praxis har möjligheten att »fylla ut» straffstadgandena med hjälp av generalklausulen prövats av marknadsdomstolen i cirka tio fall. I samtliga har KO varit sökande. KO har endast vunnit några av fallen.

Ett fall som KO vunnit är MD 1980:19, *Verdexa*. Här erbjöd ett bilförsäljningsföretag under en begränsad tid den som köpte en begagnad bil av företaget för över 12.000 kr. ett kontokort hos Mobil Oil på 2.500 kr. Fallet har presenterats ovan under 3. Marknadsdomstolen fann att kontokortet inte var ett sådant bevis som avses i 7 § MFL men att förfarandet var »snarlikt». Domstolen framhöll att värdet av vad som kunde erhållas för kontokortet var i viss mån svårbestämt och att erbjudandet var ägnat att locka till köp av bil för mer än 12.000 kr. Företaget

36 Prop. 1970:57 s. 72 f., 83.
37 Prop. 1970:57 s. 83.

förbjöds att fortsätta med kombinationserbjudandet. Beslutet var enhälligt.

Marknadsdomstolen har också bifallit KO:s talan i MD 1982:19, *Haléns Postorder*. Konsumenter som köpte från Haléns på »budgetköp» för visst belopp, lägst 500 kr., erbjöds att köpa vissa särskilda varor till rabatterat pris, s.k. sparerbjudande. Domstolen fann förfarandet försvåra för konsumenten att bedöma erbjudandets värde, bl.a. därför att det lockade till ökade köp för att nå de beloppsgränser som berättigade till en tilläggsvara, och att det låg nära vad som faller under 8 § MFL.

I MD 1985:2, *Drottning TV*, fann marknadsdomstolen (dissens 4 mot 3) att ett erbjudande till konsumenter att vid köp av diverse hemelektronik (TV-apparater, kassettbandspelare m.m.) låna ett belopp mellan 4.000–30.000 kronor att fritt disponeras var otillbörligt enligt 2 § MFL. Erbjudandet föll visserligen inte inom ramen för de objektiva rekvisiten i 8 § MFL, eftersom varan och tilläggskrediten inte bjöds ut till gemensamt pris eller konsumenten erbjöds krediten utan ersättning eller till särskilt lågt pris, men domstolens majoritet ansåg att erbjudandet låg nära det straffbara området och kunde kritiseras på samma grunder som de förbjudna förfarandena och kunde därför angripas enligt 2 § MFL. Majoriteten fann härvid att varan och tilläggskrediten saknade naturligt samband och att erbjudandet försvårade för konsumeten att bedöma det verkliga värdet. Minoriteten pläderade för en friare otillbörlighetsbedömning där erbjudandets fördelar vägdes mot nackdelarna.

Numera bör inte minst Drottning TV-fallet ses mot bakgrund av den i 5 § i 1992 års konsumentkreditlag fastlagda generella bedömningsstandarden »god kreditgivningssed». Mot denna bakgrund framstår erbjudanden som lockar till utnyttjande av konsumtionskrediter som tveksamma.

Fem av de fall som gått KO emot ligger i tiden före Verdexa. I dessa har marknadsdomstolen i sin motivering tillmätt en supplerande tillämpning av generalklausulen endast snävt utrymme.

I MD 1972:15, *Mobil Oil*, där »smyckestenar» av så obetydligt värde att 8 § MFL ej ansågs kunna tillämpas utdelades vid tankning av bensin, framhöll domstolen i beslutsmotiveringen att en förutsättning för ingripande enligt generalklausulen var att förfarandet låg »mycket nära» det straffbara området. I MD 1973:7, *Svenska Esso* angående kombinationen tankning av bensin-överlämnande av djurbilder var motiveringen likartad. Inte heller i MD 1977:6, *Bokförlaget Data* angående kombinationen uppslagsverk–jordglob tillmätte domstolen en fristående prövning enligt generalklausulen nämnvärt utrymme vid sidan av rekvisiten i 8 § MFL. Mera speciellt är MD 1972:3, *B A T*. Fallet,

som behandlats ovan i 9.3, avsåg rabattmärken i cigarettpaket som löstes in i pengar. Eftersom märkena löstes in i pengar föll de ej under förbudet i 7 § MFL och var heller inte att se som »ett sådant kringgående av straffbestämmelserna som avses i det återgivna motivuttalandet». Inte heller av andra skäl, såsom att erbjudandet rörde tobaksvaror, ansåg marknadsdomstolens majoritet det falla under generalklausulen. (Här har rättsläget numera ändrats genom 1978 års tobaksreklamlag.)

Ett särskilt problem var uppe i MD 1973:26, *NK*, nämligen betydelsen av att tilläggsvarans värde är högre än huvudvarans.

Fallet gällde ett starkt tidsbegränsat erbjudande (en vecka) som innebar att den som på NK köpte kosmetiska produkter av märket Clinique för minst 30 kr. fick en förpackning med tre make-up-preparat av samma märke till ett angivet värde av ca 46 kr. Med ogillande av KO:s talan i huvudfrågan fann domstolen det inte påkallat att med stöd av generalklausulen ställa upp ett generellt krav på att tilläggsvaran måste vara mindre värd än huvudvaran. Domstolen pekade härvid på att det från konsumentsynpunkt var positivt att reklamkostnaderna i stället för annonsreklam inriktades på att tillhandahålla konsumenterna substantiella varuprover.

Slutligen är att nämna fallet 1982:11, *Örebro Läns Sparbank*. Här fann domstolen att varken den ovan i 9.3 behandlade utdelningen av rabattkuponger eller utdelning av »presenter» till dem som före viss dag öppnade bankräkning i banken föll under generalklausulen. Förfarandena befanns inte »ligga nära det straffbara området och i huvudsak inte heller träffas av den i lagmotiven anförda kritiken mot kombinerade utbud».

Det kan konstateras att möjligheten att supplera straffstadgandena genom att stämpla andra typer av kombinationserbjudanden såsom i sig otillbörliga med hjälp av generalklausulen tillämpats restriktivt av marknadsdomstolen.

9.5.3 Krav på tillåtna kombinationserbjudandens presentation m.m.

I och för sig tillåtna former av kombinationserbjudanden måste vara presenterade så att de uppfyller generalklausulens krav på vederhäftighet. Här har det brustit i vissa fall.

I MD 1972:3, *BAT* fälldes företaget enligt generalklausulen för att man inte otvetydigt klargjort att man löste in även färre än 50 sparkuponger. I MD

1973:26, *NK*, fälldes detta företag för att priserna bestämts så att erbjudandet inte kunde utnyttjas som angetts och för att uppgift inte lämnats om tilläggsvarans värde och volym.

En särskild fråga rör användningen av uttryck såsom »*gratis*», »*gåva*», »*på köpet*» m.fl. i samband med tilläggserbjudanden. I förarbetena har framhållits att det i allmänhet bör betraktas som vilseledande och i strid med generalklausulen i 2 § MFL att beteckna ett tilläggserbjudande som en gåva eller gratisförmån till den som köper en viss vara. Det anses nämligen i dessa fall normalt vara fråga om en prestation, vars värde är inkalkylerat i priset för huvudvaran och som för övrigt inte erbjuds andra än dem som själva har gjort en motprestation genom att köpa denna vara.[38]

Marknadsdomstolen har i linje härmed i MD 1974:24, *Angereds Tipsservice*, funnit det stridande mot generalklausulen i 2 § MFL att beteckna ett tilläggserbjudande som gratisförmån fastän en motprestation krävts av beställaren. Domstolen fann förfarandet vilseledande och även i strid mot god affärssed. Här hänvisades till Näringslivets Opinionsnämnds tidigare praxis.[39]

I MD 1976:27, *Hasse Foto*, erbjöd företaget »ny film på köpet» eller »gratis» som tilläggsvara vid fotoframkallning och kopiering. Utredning av SPK visade att fotohandlare som lämnar ny film genomgående håller högre pris på framkallning och kopiering. Förfarandet befanns vilseledande enligt 2 § MFL.

I MD 1971:6, *Åhlén & Åkerlunds Förlag*, angående kombinationen prenumeration på Vecko-Revyn – en flaska luktvatten fälldes förlaget även för att man angett att konsumenterna fick flaskan »*på köpet*». I samband härmed gjorde marknadsdomstolen följande uttalande i sin beslutsmotivering: Uttrycket »på köpet» måste begagnas med stor försiktighet. Närmast bör det förbehållas tillfälliga specialerbjudanden innebärande att konsumenten till ordinarie pris erhåller en större kvantitet av varan än vanligt.

Parallella erbjudanden kan ha nära beröringspunkter med kombinationserbjudanden. Dylika föreligger när konsumenten presenteras två erbjudanden var för sig utan att de är kopplade till varandra. Presentationen kan dock vara sådan att den – eventuellt avsiktligt – föranleder missuppfattningar.

I MD 1973:18, *Reader's Digest*, erbjöds konsumenterna i reklamförsändelse dels prenumeration på Det Bästa till rabattpris, dels att delta i en pristävling med stora vinster. Prenumeration utgjorde inte villkor för deltagande i tävling-

38 Prop. 1970:57 s. 81.

39 Se Bernitz-Modig-Mallmén, Otillbörlig marknadsföring s. 294 ff.

en. Det omfattande material som konsumenterna tillställts fann dock marknadsdomstolen vara oklart på denna punkt. Domstolen fällde denna oklarhet såsom otillbörlig enligt generalklausulen och framhöll bl.a. att en obligatorisk bindning prenumeration–pristävling hade varit lagstridig. Den omständigheten att de två från varandra fristående erbjudandena lämnades parallellt fann domstolen inte vara i och för sig otillbörlig.

Sådana rabatt- och förmånserbjudanden, *s.k. enkla rabatt- och förmånserbjudanden*, som *inte* är kopplade till försäljning av en annan vara eller tjänst och heller inte parallella, är klart tillåtna enligt marknadsföringslagen. Exempel är jubileumsrabatter, introduktionsrabatter, rabattkuponger som delas ut till hushållen, specialpriser under vissa veckodagar och prisnedsättningar stämplade på en varas förpackning. Dylik priskonkurrens verkar i regel positivt från konsumentsynpunkt. Presentationen av erbjudandet måste emellertid vara korrekt. Man får t.ex. inte beteckna vad som i realiteten är det ordinarie priset som ett rabatterbjudande, extrapris, nu-pris eller dylikt. Det strider också mot generalklausulen om en näringsidkare, i syfte att etablera kontakt med presumtiva kunder, annonserar med lockande specialerbjudanden utan att i rimlig mån kunna tillgodose efterfrågan, s.k. lockerbjudande (»bait advertising», MD 1977:2, Scandinavian Touring). Här kan dock den vilseledande effekten neutraliseras genom kompletterande information om begränsningar i erbjudandets omfattning.

En särskild fråga är bedömningen av kombinationserbjudanden *riktade till näringsidkare*. Straffstadgandena avser som förut nämnts enbart erbjudanden till konsument.

Fallet MD 1977:17, *ASBA Import* avsåg ett dylikt erbjudande. En konfektyrgrossist erbjöd grossister och detaljister att vid köp av en s.k. sortimentskartong utan kostnad erhålla en presentförpackning innehållande en butelj whisky jämte glas och karaff. Erbjudandet fälldes enligt generalklausulen såsom otillbörlig säljarpremiering och stridande mot 8 § lagen om handel med drycker. Själva kombinationserbjudandeaspekten prövades ej.[40]

Rättsläget när det gäller kombinationserbjudanden *riktade till näringsidkare* är något oklart. Det synes dock inte från något håll ha gjorts gällande att dylika erbjudanden skulle vara otillbörliga per se enligt generalklausulen. Så torde inte heller enligt min mening vara fallet, särskilt som straff-

40 Härtill Pehrson i NIR 1986 s. 314 ff.

stadgandena uteslutande motiverats av konsumentskyddssynpunkter. Generalklausulens allmänna vederhäftighetskrav gäller dock även här.

9.5.4 Samlad bedömning

Sammanfattningsvis har marknadsdomstolen, vid sin bedömning enligt generalklausulen i 2 § MFL av kombinationserbjudanden som till sin allmänna typ ligger nära dem som omfattas av straffstadgandena i 7 och 8 §§ MFL, uppenbarligen ansett sig tämligen bunden av rekvisiten i dessa särskilda stadganden. Utformningen av straffstadgandena har i hög grad kommit att verka styrande också på tillämpningen av generalklausulen. Någon rättsutveckling med stöd av generalklausulen som lett till att ytterligare typer av kombinationserbjudanden kommit att anses som otillbörliga per se har ej kommit till stånd. Domstolen har ställt sig avvisande till att betrakta parallella erbjudanden såsom otillbörliga i sig.

Med stöd av generalklausulen krävs emellertid att i och för sig tillåtna kombinationserbjudanden presenteras på ett tydligt och rättvisande sätt. Häri ligger i regel att villkoren för erbjudandet skall klargöras, liksom värdet av både huvudvaran och tilläggsvaran. Det godtas ej att tilläggsvaran anges vara en gratisförmån. Det torde också kunna krävas att argumentationen i marknadsföringen inte ensidigt koncentreras på tilläggsvaran.[41] Här saknas dock något vägledande uttalande av marknadsdomstolen. Det kan också bli aktuellt i samband med kombinationserbjudanden att ställa upp självständiga krav på lämnande av information av särskild betydelse med stöd av generalklausulen om informationsskyldighet i 3 § MFL. Något fall i marknadsdomstolens praxis, där 3 § tillämpats i samband med kombinationserbjudanden, föreligger dock inte.

Kombinationserbjudanden riktade till *näringsidkare* är normalt i och för sig tillåtna men måste vara presenterade så att de uppfyller generalklausulens vederhäftighetskrav.

41 Så även Svensson-Stenlund m.fl., Praktisk marknadsrätt, 5 uppl. s. 325.

9.6 Nordisk jämförelse

9.6.1 Översikt

Särskilda straffsanktionerade regler mot vissa former av kombinationserbjudanden finns också i Norge, Danmark och Finland. I Norge och Danmark har sådana regler funnits sedan länge men har, liksom i Sverige, fått delvis ny form i den marknadsföringslagstiftning som införts under 1970-talet. Denna är till sin allmänna struktur likartad den svenska. Liksom i Sverige suppleras specialstadgandena om kombinationserbjudanden av en generalklausul riktad mot otillbörliga marknadsföringsåtgärder. Den svenske KO har sin omedelbara motsvarighet i norske FO (forbrukerombudet), danske FO (forbrugerombudsmanden) och finske KO (konsumentombudsmannen). Marknadsdomstolen motsvaras i Norge av markedsrådet och i Finland av marknadsdomstolen, medan motsvarande funktion i Danmark fullgörs av sø- og handelsretten i Köpenhamn i särskild sammansättning med överklagandemöjlighet till højesteret.

I sina detaljer varierar reglerna mellan varje land och länderna behandlas därför var för sig. Det är av utrymmesskäl endast möjligt att ta upp huvudprinciperna. Härefter görs en jämförelse.

9.6.2 Norge

De norska reglerna i ämnet är de strängaste. Den norska markedsføringsloven av 1972 innehåller i § 4 ett generellt förbud mot *tilgift* (tilläggserbjudanden), från vilket endast få undantag görs.[42] Lagtexten lyder:

> Det er forbudt i næringsvirksomhet å søke fremmet avsetningen av en eller flere varer, tjenester eller andre ytelser (hovedytelsen) ved å by eller la by tilgift til forbruker.
>
> Som tilgift anses enhver tilleggsytelse (vare, tjeneste eller annet) som er knyttet til avsetning av hovedytelsen, uten at det er naturlig sammenheng mellom ytelsene. En pengeytelse reknes likevel for tilgift bare når den mangler naturlig sammenheng med betalingen for hovedytelsen, eller når det blir brukt merker, kuponger eller liknende dokumenter som hovedsakelig har til oppgave å tjene som bevis for rett til pengeytelsen. Som tilgift anses det også om det rek-

42 Se främst Innstilling fra Konkurranselovkomitéen 1966 s. 63 ff., Ot prp 1971/72:57 s. 13 ff., Bull-Løchen, Lov om kontroll med markedsføring, 2 uppl. 1976 s. 69 ff., Gundersen-Bernitz, Norsk og internasjonal markedsrett, 1977 s. 387 ff.

nes særlig lav pris for tilleggsytelsen.

Bestemmelsene i § 5 siste ledd gjelder tilsvarende.

Tilgiftsförbudet har med endast begränsade ändringar övertagits från den tidigare förbudsregeln i ämnet i § 8 i 1922 års lov om utilbørlig konkurranse.

Tilgiftsförbudet omfattar som framgår av lagtexten i princip alla tilläggserbjudanden till konsument kopplade till ett annat erbjudande, vare sig tilgiften erbjuds som gåva eller till särskilt lågt pris. Något undantag görs ej för erbjudanden av lågt värde. Paketerbjudanden av flera varor tillsammans, där ingen framställs som tilläggsförmån, faller dock utanför förbudet. Likaledes görs undantag när det föreligger naturligt sammanhang mellan prestationerna. Motiven nämner här rabattsituationer där huvudvara och tilläggsvara är identiska, typ »13 på dussinet». I praxis tolkas naturligt sammanhang restriktivt, men typiska tillbehör till en vara godtas. Som framgår av lagtexten faller rabattmärken och kuponger in under förbudet (även om de bara är inlösbara i pengar), däremot inte rabattgivning i pengar utan bruk av märken.

Från markedsrådets praxis[43] kan i korthet bl.a. noteras.

Kombinationserbjudanden bestående av framkallning och kopiering av film plus ny film har befunnits tillåtna, förutsatt att den nya filmen inte presenteras som en tilläggsförmån (MR 22/75, MR 9/78).

Utdelning av provpaket av en ny typ av vara utan köptvång (gratisutdelning) har godtagits (MR 2/73).

Utdelning av gratisaffischer i jeansbutiker har inte i så hög grad ansetts böra uppfattas som en köppress att förfarandet faller under tilgiftsförbudet (MR 25/75).

Utbudet av ett kastrullset jämte sex bordsknivar, »inkluderade i priset», har befunnits falla under tilgiftsförbudet, eftersom konsumenterna ansetts uppfatta erbjudandet om knivarna som en tilläggsförmån (MR 12/75). Naturligt sammanhang har ej ansetts föreligga. Markedsrådet anmärkte härtill i beslutsmotiveringen att knivarna inte kunde sägas ha något vanligt bruksmässigt samband med kastrullsetet.

En möbelhandlare, som till konsumenter som köpte ett salongsmöblemang erbjöd ett salongsbord och ett hörnbord »utan pristillägg», har ansetts överträda tilgiftsförbudet. Naturligt sammanhang har ej ansetts föreligga (MR 20/75).

43 Här finns rättsfallssamlingen Markedsrådet. Vedtakene (flera band fr.o.m. 1973).

9.6.3 Danmark

Också i Danmark råder tilgiftsförbud.[44] I ett hösten 1992 till folketinget framlagt förslag till ny markedsføringslov har dock regeringen föreslagit att de speciella förbudsreglerna på området skall upphävas. Förslaget har dock fallit utan att hunnit slutligt prövas i sak p.g.a. regeringsskifte.

Regeln om tilgift i § 6 i den danska markedsføringsloven har i stort sett oförändrat övertagits från tidigare bestämmelse i ämnet i § 12 lov om uretmæssig konkurrence och har i huvudsak gällt sedan 1912. Rabattmärken behandlas i ett särskilt lagstadgande (§ 7). Bestämmelserna lyder:

> § 6. Erhvervsdrivende må ikke ved salg af varer eller fast ejendom til forbruger eller ved udførelse af arbejds- eller tjenesteydelser for forbruger yde tilgift, eller hvad der må sidestilles hermed, medmindre tilgiften er af ganske ubetydelig værdi. Reklamering med ulovlig tilgift er ligeledes forbudt.
>
> Stk. 2. En ydelse, der er af ganske samme art som hovedydelsen, anses ikke som tilgift.
>
> § 7. Erhvervsdrivende må ikke ved salg af varer eller ved udførelse af arbejds- och tjenesteydelser give rabat eller anden ydelse i form af mærker, kuponer eller lignende til senere indløsning, medmindre hvert enkelt mærke på tydelig måde er forsynet med udstedernes navn eller firma og med angivelse af en værdi i dansk mønt. Rabatmærkeudstederen skal indløse mærkerne her i landet til den pålydende værdi, når mærker til et beløb, hvis størrelse fastsættes af handelsministeren, kræves indløst.

Tilgiftsregeln har varit kontroversiell i det danska lagstiftningsarbetet. I Betænkning angående en ny konkurrencelov 1966 föreslog flertalet, i linje med den svenska ståndpunkten, att den särskilda tilgiftsregeln skulle upphävas. En minoritet ville dock ha kvar tilgiftförbudet. Lagstiftarens ståndpunktstagande att behålla tidigare ordning är knapphändigt motiverat i förarbetena, men synes ha varit förestavat av hänsyn både till konsumentskydds- och näringsidkarsynpunkter.

I tilgiftsbegreppet ligger också enligt dansk rätt att det skall vara fråga om en tilläggsvara eller tilläggstjänst som är kopplad till en huvudvara och som tillhandahålls utan vederlag eller till ett särskilt förmånligt pris. Rena paketerbjudanden räknas ej som tilgift. Det anses heller inte föreligga tilgift om varorna kan köpas var för sig till angivet pris. Gratisutdelning av

44 Se främst Betænkning ang. en ny konkurrencelov (nr. 416), 1966 s. 45 ff., Forbrugerkommissionens betænkning II (nr. 681), 1973 s. 22 f., Lund Christiansen, Den nye markedsføringslov i Juristen & Økonomen 1975 s. 266 ff., Krüger Andersen, Markedsføringsret, 1978 s. 195 ff., Koktvedgaard, Lærebog i konkurrenceret, 1991 s. 199 ff.

varuprover och liknande anses ej som tilgift.

Det danska tilgiftsförbudet omfattar – till skillnad från det norska – inte tilgifter av »ganska ubetydelig verdi». Härmed förstås enligt förarbetsuttalanden tilgiftens absoluta värde, dvs. det pris köparen skulle få betala för tilgiften om han ville köpa den särskilt. I rättspraxis har en tilgift i form av en ask kringlor värd cirka 5 kr. vid köp i möbelaffär ansetts otillåten (UfR 1979 s. 1039).

Tilgiftsförbudet omfattar enligt lagtextens stk. 2 inte erbjudanden som är »af ganske samme art» som huvuderbjudandet. Hit hör erbjudanden om kvantitetsrabatt på samma vara men även fall där det finns ett naturligt samband mellan prestationerna, t.ex. tillbehör, närliggande service och liknande.

Tilgift till näringsidkare, avsedda att förbrukas av näringsidkaren, räknas i Danmark som tilgift till »forbruger» och faller enligt ett prejudikat i højesteret under tilgiftsförbudet (UfR 1978 s. 77 H).

Rabattmärken och kuponger regleras av den särskilda regeln i § 7. Den har inte karaktären av ett förbud utan kräver endast att varje märke har ett markerat värde i pengar till vilket det kan lösas in. Regeln hindrar ej att näringsidkaren *alternativt* erbjuder inlösen av märkena i varor.

Såsom otillåten tilgift har i rättspraxis, alla fallen förda i straffrättslig ordning, bedömts:

en flaska eau de toilette som »välkomstgåva» vid försäljning av tvål- och parfymerivaror (UfR 1980 s. 1016 H),

ett »gåvokort» i paket för blöjsnibbar berättigande till gratis fotografering och porträtt (köptvång förelåg i och för sig ej, men förpackningstexten bedömdes ge konsumenterna intryck härav, UfR 1980 s. 575, S),

ur som »svarspremie» vid beställning av kulspetspennor till kontor (UfR 1978 s. 77 H).

Förbjuden tilgift har *ej* ansetts föreligga när prismärkningspistol tillhandahölls detaljister ihop med prisetiketter (etiketterna kunde bara användas med denna pistol, UfR 1979 s. 602 S).

9.6.4 Finland

I Finland tillkom ett straffsanktionerat förbud mot kombinationserbjudanden som en nyhet i 1978 års konsumentskyddslag (KSL).[45] Stadgandet (2:4 KSL) lyder:

> 4 § Vid marknadsföring får ej ske utbud, som innebär att konsumtionsnyttighet säljes tillsammans med annan nyttighet för ett gemensamt pris eller som förutsätter, att vid köp av en konsumtionsnyttighet annan konsumtionsnyttighet erhålles utan vederlag eller till nedsatt pris, såvida mellan de utbjudna konsumtionsnyttigheterna icke föreligger ett uppenbart sakligt samband.

Stadgandet träffar som framgår inte bara tilläggserbjudanden utan kombinationserbjudanden generellt. Dess tillkomst har såvitt framgår av förarbetena helt dikterats av konsumentskyddssynpunkter. Utanför förbudet faller sådana situationer där det finns ett uppenbart sakligt samband mellan de utbjudna, med varandra kombinerade, varorna eller tjänsterna. Enligt motiven bör man här ställa stränga krav. Sålunda bör inte enbart den omständigheten att varorna ofta används tillsammans vara tillräcklig grund för att anse att det föreligger ett tillräckligt sakligt samband.

Något särskilt stadgande om rabattmärken saknas i Finland. I motiven framhålls att förbudet mot kombinationserbjudanden inte gäller tilläggsförmåner som konsumenten erbjuds i pengar. Rabattmärken inlösbara i varor anses i KO:s praxis som ett otillåtet kombinationserbjudande. Mängdrabatter eller gratisutdelning av varor faller utanför förbudsstadgandet. Lagtexten innehåller inget undantag för tilläggserbjudanden av mycket ringa värde. I KO:s praxis synes man dock kunna låta sådana passera opåtalade.

Konsumentskyddslagen avser enbart marknadsföring riktad till konsument. I förhållanden näringsidkare emellan gäller den särskilda lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet, också av 1978. Denna saknar förbud mot kombinationserbjudanden men ingripande kan ske i det enskilda fallet med stöd av lagens generalklausul, som gör det möjligt att rikta förbud mot förfarande som strider mot god affärssed eller eljest är otillbörligt mot annan näringsidkare.

45 Se på svenska främst Förslag till konsumentskyddslagstiftning, Lagstiftningsavdelningens vid justitieministeriet publikation 12/1974, prop. 1977:8, prop. 1978:114. Marknadsdomstolens beslut finns i inofficiella svenska översättningar. Vidare märks Kivivuori-af Schultén-Sevón-Tala, Kuluttajansuoja, 1978 (lagkommentar), Tiili, Harhaanjohtava mainonta (Vilseledande reklam) 1979 (diss.).

I finska marknadsdomstolens praxis föreligger ett större antal avgöranden om kombinationserbjudanden. Stränga krav på sakligt samband har uppställts.

Bl.a. följande kombinationer har ej godtagits p.g.a. avsaknad av tillräckligt sakligt samband:

köp av förlovningsringar – presentkort berättigande till förlovningsfotografering (MD 1980:8),

öppnande av sparkonto för barn i bank – musikkassett som gåva (MD 1980:13),

köp av bil – ett års bilförsäkring utan särskild ersättning (MD 1980:19),

prenumeration på idrottstidskrift – fritidsolycksfallsförsäkring, en bok och en sportdryck, allt utan särskild erättning (MD 1981:14),

kosmetika för minst 60 mark – etui med åtta skönhetsvårdsutensilier eller två tvätthandskar utan vederlag (MD 1981:22),

en miniatyralarmapparat som »gåva» vid köp av vara ur Det Bästas »Stora Produktkatalog» som upptog 34 olika produkterbjudanden (MD 1982:7),

utlämnande av ny, oexponerad film i samband med framkallning och kopiering av film (MD 1982:10, 11, 12 och 16).

9.6.5 Jämförelse

Det finns som synes många likheter och paralleller mellan de straffsanktionerade förbudsreglerna mot kombinationserbjudanden i de fyra länderna även om rättsläget är delvis olikartat i varje land. Skissvis skall här de viktigaste skillnaderna noteras med utgångspunkt från de svenska reglerna. Observera dock att det i alla länderna finns möjlighet att tillgripa generalklausulen när en i och för sig tillåten form av kombinationserbjudande används på ett otillbörligt sätt.

Den svenska regeln att förbuden bara avser erbjudanden riktade till konsument gäller även i Norge och Finland, medan det danska tilgiftsförbudet även avser erbjudanden riktade till näringsidkare för konsumtion.[46]

Den svenska ordningen med förbud riktat mot alla former av kombinationserbjudanden har motsvarighet i Finland, medan de norska och danska förbudsreglerna bara avser tilläggserbjudanden (tilgift). Detta är dock den i praktiken klart viktigaste formen.

Den svenska regeln i 8 § MFL har en snävare räckvidd än sina motsvarigheter i grannländerna genom att dessa saknar det inskränkande rekvisi-

46 Det danska rättsläget motsvarar vad som gäller i Tyskland, Frankrike, Belgien och Luxemburg, Ulmer a. a. s. 275.

tet att förfarandet skall försvåra för konsumenterna att bedöma erbjudandets värde.

Regeln i 8 § MFL är också snävare såtillvida, att kravet på att varorna uppenbart skall sakna naturligt samband i grannländerna motsvaras av starkare markerade sambandskrav. Den i finsk rättspraxis i sig förbjudna kombinationen filmframkallning och kopiering – ny filmrulle är sålunda tillåten i Sverige, förutsatt att erbjudandet presenteras vederhäftigt och filmrullen inte framställs som en gratisförmån eller liknande (MD 1976:27, *Hasse Foto*).

Den i svensk rättspraxis på grundval av förarbetsuttalanden upprätthållna regeln att bagatellartade tilläggserbjudanden godtas i sig har en nära motsvarighet i Danmark, medan Norge inte gör undantag för bagatellfall.[47]

Det särskilda rabattmärkesförbudet i Sverige motsvaras i Norge av ett längre gående förbud som även omfattar märken inlösbara i pengar, medan Danmark godtar märken som kan lösas in alternativt i pengar eller varor. Rättsläget i Finland motsvarar här det svenska.

En generell iakttagelse är att det i alla länder tycks föreligga gränsdragningsproblem kring de särskilda förbudsstadgandena mot kombinationserbjudanden oberoende av hur den exakta gränsen mellan tillåtna och förbjudna förfaranden dragits.

9.7 Avslutande reflexioner

Vid en bedömning av den lämpliga utformningen av marknadsföringslagstiftningen såvitt gäller kombinationserbjudanden bör man hålla i åtanke att dessa bara utgör en typ av marknadsföringsåtgärder bland många andra. Gällande speciallagstiftning om sådana erbjudanden med därtill knuten övervakning och kontroll är uttryck för en hög ambitionsnivå. Spörsmålet bör dock ställas om inte kontrollen av just kombinationserbjudanden kommit att uppmärksammas och prioriteras väl starkt inom ramen för de resurser samhället ställer till förfogande för övervakning av marknadsföring. Praxisgenomgången synes mig visa att många kombinationserbjudanden är tämligen harmlösa och inte entydigt negativa från konsumentsynpunkt.

47 De kontinentaleuropeiska förbuden mot tilläggserbjudanden omfattar i allmänhet ej bagatellfall, Ulmer a. a. s. 220.

De gränsdragningar som gjorts ter sig ibland väl subtila.

Att specifika förbudsregler mot kombinationserbjudanden införts i Norden är historiskt sett inte ett resultat av konsumentpolitiska skyddssträvanden utan av påtryckningar från köpmännens organisationer. Nu gällande förbudsregler bygger dock enligt förarbetena på konsumentpolitiska överväganden. Dessa torde också reellt sett ha stått i förgrunden i lagstiftningsarbetet, men en viktig förklaring till att, särskilt i grannländerna, rigida regler kunnat införas just på kombinationserbjudandenas område är nog att de konsumentpolitiska önskemålen fått stöd, eller i vart fall knappast mött motstånd, från delar av näringslivet. Det ligger dock inte väl i linje med den nutida konkurrensbegränsningslagstiftningen, att staten intervenerar i interna meningsbrytningar mellan distributionsleden med lagstiftning som kan verka konkurrensbegränsande.[48] Enligt min uppfattning bör utformningen av en lagstiftning om kombinationserbjudanden bedömas väsentligen i ett konsumentperspektiv. Jag finner det märkligt att man i Danmark ansett detaljhandlare behöva skydd i form av per se-förbud mot tilgiftserbjudanden i deras inköpsverksamhet.

Håller skälen för per se-förbud mot kombinationserbjudanden? Argumentet att varje vara bör säljas i kraft av sina egenskaper är dubiöst. Det kan med ungefär samma rätt åberopas mot många andra former av marknadsföringsåtgärder och leder lätt till en kraftig begränsning av konkurrensmedlen. Jag är dock medveten om att vissa kanske sett förbuden på det nu aktuella området som en murbräcka på vägen mot en generellt betydligt hårdare reklamreglering. Argumenten att tilläggserbjudanden lätt försvårar marknadsorienteringen och överskattas är säkerligen riktiga men frågan är om detta behöver mötas med förbud mot metoden som sådan. Jag kommer strax härtill. Att dylika erbjudanden kan utgöra en form för priskonkurrens eller eljest ge konsumenterna fördelar illustreras av flera ovan behandlade fall. Hit hör Verdexa-fallet, där marknadsdomstolen förbjöd en rabatt på 2.500 kr. vid bilköp i form av kontokort som berättigade till bensintankning m.m. hos en bensinstationskedja (se ovan under 9.3) och NK-fallet, där domstolen åberopade som positivt att marknadsföringen i stället för annonsering inriktades på att tillhandahålla konsumenterna substantiella varuprover (se 9.5.2 ovan).

Enligt min mening talar starka skäl för en liberalisering av rabattmär-

48 Se om förhållandet konkurrenspolitik–konsumentpolitik bl.a. SOU 1978:9, Ny konkurrensbegränsningslag s. 201 ff., Koritz, Konkurrensregleringen konsekvent?, NIR 1974 s. 26 ff.

kesförbudet, det enda per se-förbudet i Sverige. Det täcker i nuvarande utformning inte bara trading stamps-system, som nog med fördel kan undvaras, utan även vissa från konsumentsynpunkt sannolikt övervägande positiva företeelser, såsom kuponger fästade vid en vara som berättigar till rabatter i pengar vid senare köp av annan vara. Detta är en relativt billig marknadsföringsmetod, lämplig särskilt vid introduktion av nyheter, som – förutsatt att erbjudandet presenteras korrekt och tydligt – det inte ter sig berättigat att hålla förbjuden. Den kategoriska utformningen av 7 § MFL gör här en lagändring erforderlig. De i Marabou-, Önskebutik-, och Statoilmålen meddelade förbuden (se 9.3) framstår inte som hållbara.

När det gäller andra kombinationserbjudanden är det i Sverige inte sambandsrekvisitet som är huvudrekvisitet, utan försvåranderekvisitet. Eftersom detta närmast är en precisering av det för generalklausulen mot otillbörlig marknadsföring grundläggande vederhäftighetskravet, är det här missbrukslinjen och inte förbudslinjen som tillämpas. Vi bör enligt min mening hålla fast vid detta. Det finns inte tillräckliga skäl för ett förbud mot tilläggserbjudanden eller andra kombinationserbjudanden som sådana utan avgörande bör vara att de inte verkar vilseledande. Med stöd av det försvåranderekvisit, som redan finns i lagtexten, kan stränga krav ställas på att erbjudandena är tydligt och sakligt presenterade och tillräckligt lättbedömda för konsumenten. Hit hör sådant som korrekt angivande av villkoren för ett erbjudande och värdet av de komponenter som ingår i detsamma.[49] Det bör också krävas att erbjudandet som helhet framställs balanserat i marknadsföringen, så att inte tilläggserbjudandet överbetonas. Numera finns också möjlighet att positivt föreskriva informationsskyldighet i olika hänseenden vid marknadsföring av kombinationserbjudanden med stöd av generalklausulen i 3 § MFL – en möjlighet som egendomligt nog ännu inte har utnyttjats. Inget av kombinationserbjudandefallen i marknadsdomstolen har sålunda rört 3 § MFL. Här finns en möjlighet till vidareutveckling som bör tas till vara.

49 Ett värdefullt dokument som uttrycker god affärssed – i Sverige dock anmärkningsvärt litet beaktat – och ger vägledning för den marknadsrättsliga bedömningen av i och för sig tillåtna kombinationserbjudanden är Internationella Handelskammarens Regler för säljfrämjande åtgärder, den s.k. promotionkoden.

Citerad litteratur

I. Rättsfallssamlingar, tidskrifter m.m.

All England Law Reports Reprint.
Common Market Law Reports (Cit. CMLR.)
European Intellectual Property Review (Cit. EIPR.)
Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil (t.o.m. 1966 Auslands- und Internationaler Teil) Weinheim/Bergstr. (Tyskland) (Cit. GRUR Int.).
Harvard Law Reviev (Cit. Harw L Rev).
International Review of Industrial Property and Copyright Law (Cit. IIC).
Juridiska fakulteten i Stockholm; skriftserien.
Juridisk Tidskrift utgiven vid Stockholms universitet (Cit. JT).
Konsumentombudsmannen (Cit. KO:s tidskrift).
Konsumenträtt & Ekonomi (Cit. K&E).
Marknadsdomstolens avgöranden.
NIR Nordiskt Immateriellt Rättsskydd (Före 1949; Nordiskt industriellt rättsskydd) (Cit. NIR).
Nordisk Domssamling.
Norsk rettstidene (Cit. Rt), Oslo.
Nytt juridiskt arkiv. Avd. I, II (Cit. NJA respektive NJA II).
Otillbörlig konkurrens och god affärssed. Yttranden avgivna av Näringslivets Opinionsnämnd 1957-1958, 1959, 1960, Stockholm 1963.
Pris- och Kartellfrågor (Cit. PKF).
Pris och konkurrens.

Regeringsrättens årsbok (Cit. RÅ).
Resumé. Svenska Reklambyrå Förbundet (SRF).
Scandinavian Studies in Law.
Skrifter utgivna av Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt vid Stockholms universitet (IFIM).
Schriftenreihe zum Gewerblichen Rechtsschutz, München.
Svensk författningssamling (Cit. SFS).
Svensk Juristtidning (Cit. SvJT).
Tidsskrift for Rettsvitenskap (Cit. TfR).

II. Kommittébetänkanden, propositioner m.m. (Officiellt tryck)

Finsk proposition 1988:66.
Forbrugerkommissionens betænkning 11 (nr. 681), 1973.
Förslag till konsumentskyddslagstiftning, Lagstiftningsavdelningens vid Justitieministeriet publikation 12/1974.
Innstilling fra konkurrencelovkomitéen, Oslo 1960.
NU 1979/80:12.
Ot prp 1971/72:57 Betænkning angående en ny konkurrenselov, afgivet af det af handelsministeriet den 21. januar 1959 nedsatte udvalg. Betænkning nr. 416, Kbhvn 1966.
Premium Offers and Similar Marketing Practices, Report by the Committee on Consumer Policy, OECD, Paris 1977.
Patentlagstiftningskommitténs betänkanden IV, Förslag till lag mot illojal konkurrens, 1915.
Propositioner 1930:215, 1931:175, 1960:167, 1970:57, 1972:5, 1974:4, 1975/76:34, 1975/76:176, 1977:8, 1978:114, 1978/72:2, 1984/85:213, 1987/88:155, 1992/93:48, 1992/93:56, 1992/93:110.
SOU 1958:10. Förslag till varumärkeslag. Betänkande avgivet av varumärkes- och firmautredningen.
SOU 1965:67. Mönsterskydd. Betänkande med förslag till lag om mönster m.m. Avgivet av mönsterskyddsutredningen.
SOU 1966:48. Prissamverkan och konkurrens. Betänkande avgivet av Riktprisutredningen.
SOU 1966:71. Otillbörlig konkurrens. Betänkande av utredningen om illojal konkurrens.

SOU 1967:35. Firmaskydd. Betänkande avgivet av firmautredningen med förslag till firmalag m.m.
SOU 1974:23. Reklam V, Information i reklamen.
SOU 1974:83, Generalklausul i förmögenhetsrätten.
SOU 1978:9 Konkurrensbegränsning. Betänkande avgivet av konkurrensutredningen.
SOU 1983:52. Företagshemligheter.
SOU 1983:40. Konsumentpolitiska styrmedel – utvärdering och förslag.
SOU 1987:1. Otillbörlig efterbildning.
SOU 1992:49. EES-anpassning av marknadsföringslagstiftningen.

III. Övrig citerad litteratur

Agell, A. Skadeståndsansvaret vid obehöriga förfoganden över annans egendom. Festskrift till Jan Hellner, 1984 s. 23 ff.
André, M. Marknadsföringsansvar, 1984.
Andreasen, H. Varemærkeretten i konkurranceretlig belysning, København 1948.
Armands A.L. Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande – en jämförelse mellan engelsk och svensk rätt, Stockholms universitet 1985 (uppsats i tillämpade studier).
Arnholm, C-J. Privatrett III, Oslo 1966.
Aro, P-L. S.k. slavisk efterbildning och generalklausulen i 1 § IllkonkL enligt finsk opinionsnämndspraxis, NIR 1973 s. 30 ff.
Augdahl, P. Den norske obligationsretts almindelige del., 4 utg., Oslo 1972.
Baumbach, A. – Hefermehl, W. Warenzeichenrecht, 12 uppl. 1985 München,
– Wettbewerbsrecht, 16 uppl. München 1990.
Beckman, N. – Holmberg, C. – Löfmarck, M.– Strahl, I. – Wennberg, S. Kommentar till brottsbalken II, 6 uppl. 1990.
Beier, F.K. The Law of Unfair Competition in the European Community – Its Development and Present Status, IIC 1985 s. 139 ff.
– The Doctrine of Exhaustion in EEC Trademark Law – Scope and Limits, IIC 1979 s. 20 ff.
Bellander, J-P. Vilseledande om geografiskt ursprung. Skrifter utgivna av Institutet för immaterial- och marknadsrätt nr. 30 1985.

Bengtsson, B. Svensk rättspraxis. Skadestånd i kontraktsförhållanden 1976–1979, SvJT 1981 s. 519.
Bergström, S. Uteslutande rätt att förfoga över verket, 1954.
Bergwitz-Larsen, C. Næringslivets konkurranseutvalg i Norge en realitet. NIR 1970 s. 80 ff.
Bernitz, U. Internationell marknadsrätt, 2 uppl. 1990.
- Interference with Contractual Relations, Scandinavian Studies in Law 1989 s. 49 ff.
- Konkurrens och priser i Norden, 1971.
- Konsumenträtt och konkurrensrätt – några tankar kring det finländska förslaget till konsumentskyddslag. Defensor Legis 1977 s. 213 ff.
- Licensavtal och konkurrensbegränsning. Det svenska dubbdäcksmålet och dess konsekvenser. NIR 1973 s. 1 ff.
- Marknadsföringslagen och konsumentskyddet. NIR 1975 s. 179 ff.
- Marknadsrätt. En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer, 1969.
- Modig, J. – Mallmén, A. Otillbörlig marknadsföring, 1970.
- Otillbörlig marknadsföring och illojal konkurrens – aktuella problem och utvecklingstendenser i Norden. NIR 1971 s. 252 ff.
- Pehrson, L. Problemet märkesdifferentiering. NIR 1978 s. 190 ff.
- Standardavtalsrätt, 6 uppl. 1993.
- Svensk marknadsrätt, 3 uppl. 1991.
- The legal concept of unfairness and the economic and social environment. Unfair advertising and comparative advertising. Droit et Consommation XVII, Louvain-la Neuve 1988 (ed E Balate).
- Unzulässiges Eingrifen in Vertragsverhältnisse nach Schwedischen Recht und in vergleichender Perspektive, GRUR Int 1989 s. 799 ff.
- Utvecklingen mot en standardavtalsrätt. SvJT 1972 s. 401 ff.
- Upplysningspliktens gränser enligt marknadsföringslagen. NIR 1973 s. 413 ff.
- Zugaben und andere kombinierte Angebote in nordischen, insbesondere schwedischen Recht, GRUR Int 1983 s. 476 ff.
- Karnell, G. – Pehrson, L. – Sandgren, K. Immaterialrätt, 3 uppl. 1990.
- Tiili, V. Suomalainen ja kansainvälinen markkinaoikeus, Helsinki 1974.

Blok, P. De i patentet indeholdte begrænsninger i patentlicensaftaler. Endnu en kommentar til den svenske Dubbmanafgørelse. NIR 1973 s. 351 ff.
- Patentrettens konsumtionsprincip, København 1974.

Blume, P. Shrink Wrap Klausuler, – en Løsningsmodel? NIR 1987 s. 279 ff.

Boddewyn, J. Premius. Gifts and Competitions. An International Survey. A report prepared for the International Advertising Association (IAA), 1978.

Bodenhausen, T. Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Genève (WIPO), 1968.

Cars, T. Mutor och bestickning, 3 uppl. 1983.

Carlén-Wendels, T. Mängdrabatt med bevis. Om räckvidden av 7 § marknadsföringslagen. Ulf 50, Skrifter utgivna av Institutet för Immaterial- och Marknadsrätt nr. 50 1986.

Cheshire, G.C. – Fifoot, C.H.S. The Law of Contracts, 11 uppl. London

Corbin, A.L. On Contracts vol. 6. St Paul 1951.

Cornish, W. Intellectual Property, 2 ed. London 1989.

Davidsson, B. Skadestånd inom det industriella rättsskyddet. NIR 1979 s. 116 ff.

Eberstein, G. Generalklausulen mot illojal konkurrens och Pariskonventionen, NIR 1951 s. 1 ff.

– Generalklausulen mot illojal konkurrens. SvJT 1951 s. 1 ff.

– Om skyddet för individualiteten, 1940.

Eichman, H. Der Vorsprung durch eigenen Rechtsbruch. GRUR 1967 s. 564 ff.

Ekelöf, P-O. Rättegång I. 7 uppl. 1990.

von Eyben, W.E, Formuerettigheder. 6 uppl. København 1979.

– Konkurrencebegrænsning og illoyal konkurrence. Festskrift til Poul Andersen, København s. 114.

– Nordiske forslag til ny lovgivning med illoyal konkurrence. NIR 1966 s. 184 ff.

Fahlbeck, R. Företagshemligheter, konkurrensklausuler och yttrandefrihet, 1992.

Forsell, H. Tredjemansskyddets gränser. 1976.

Françon, A. Conditions Contractuelles concernant les differents Aspects de la diffusion des Exemplaires. NIR 1982 s. 384 ff.

Gadde, E. – Eklund, R. Lagen om kommission etc. 3 uppl. 1952.

von Gamm, O-F. Ergenzänder Wettbewerbsrechtlicher Kennzeichnungsschutz, Zehn Jahre Bundespatentgericht, Festschrift, 1971 München.

Godenhielm, B. Pariskonventionen. NIR 1966 s. 290 ff.

Grönfors, K. Ställningsfullmakt och bulvanskap, 1961.

Gundersen, F.F. – Bernitz, U. Norsk och internasjonal markedsrett, Oslo

1977.
Harper, F.W. – James, F. The Law of Torts. Boston 1956 Vol. I. 77 Harvard Law Review s. 965 (1963).
Heiding, S. Om registrerade varumärken och inarbetade kännetecken, 1946.
– Svensk varumärkesrätt, 5 uppl. 1979.
Hellner, J. Skadeståndsrätt, 4 uppl. 1985 s. 49 ff.
– Ersättning till tredje man vid sak- och personskada. SvJT 1969 s. 332 ff. (Festskrift till Strahl).
Hemming-Sjöberg, A. Författarna och biblioteken, SvJT 1936 s. 628 ff.
– La guerre des disques. Festskrift för Ekeberg 1950 s. 249 ff.
Hessler, H. Allmän sakrätt, 1973.
Heuman, L. Målsägande, 1973.
Heydon, J.D. Economic Torts, 2nd ed. London 1978.
Holmqvist, L. Degeneration of trademarks, 1971.
– Om inarbetning av varukännetecken. NIR 1975 s. 255 ff.
– Varans form som kännetecken. NIR 1987 s. 43 ff.
Håstad, T. Sakrätt avseende lös egendom, 4 uppl. 1990.
Jacobsson, M. – Tersmeden, E. – Törnroth, L. Patentlagstiftningen – en kommentar. 1980.
Karlgren, H. Kollegier i allmän obligationsrätt I, 1952.
– Några exekutionsrättsliga oklarheter. SvJT 1956 s. 246 ff.
– Skadeståndsrätt. 1 uppl. 1952, 5 uppl. 1972.
Karnell, G. Aspekter på »ommärkning» och »påfyllning» med SODASTREAM-avgörandet som utgångspunkt, JT 1989–90 s. 642 ff.
– Conditions contractuelles concernant les differents aspects de la diffusion des exemplaires publiés. NIR 1982 s. 375 ff.
– Den obetydliga importrätten – dess innebörd och skydd. Reflexioner kring ett upphovsrättsligt straffbud. Festskrift till Agge, 1970 s. 375 ff.
Kivivuori, A. – af Schultén, C.G. – Sevón, L. – Tala, J. Kuluttajansuoja, 1978 (lagkommentar). Helsinki.
Kleineman, J. Ren förmögenhetsskada, 1987.
Knoph, R. Åndsretten, Oslo 1936.
Knutsson, A. Hur man får och inte får göra tilläggserbjudanden. Tidskriften Resumé nr. 1 1970.
– Otillbörlig marknadsföring och annan otillbörlig konkurrens. NIR 1970 s. 286 ff.
Kobbernagel, J. Konkurrencens retlige regulering I, København 1957, 2 uppl. 1961.

Koktvedgaard, M. Immaterialretspositioner, København 1965.
– Lærebog i immaterialret, 2 utg., København 1991.
– Lærebog i konkurrenceret, København 1991.
– Levin, M. Lärobok i immaterialrätt, 1992.
Koritz, B. Konkurrensregleringen konsekvent? Synpunkter på relationerna mellan lagstiftningen om konkurrensbegränsning och normsystemet otillbörlig konkurrens i svensk rätt. NIR 1974 s. 26 ff.
Krasser, R. Der Schutz von Preis – und Aussenzeiten. Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtschutz, München 1972.
– Der Schutz vertraglicher Rechte gegen Eingriffe Dritter. Schriftenreihe zum gewerblichen Rechtschutz Bd 21, München 1971.
Krüger-Andersen, P. Markedsføringsret, Århus 1978.
Krämer, L. EEC Consumer Law, Bruxelles 1986.
Ladas, S.P. Patents, Trademarks and Related Rights. National and International Protection, Vol. III Cambr. Mass. 1975.
Lee, The Elements of Roman Law, 1946.
Levin, B. Lag med vissa bestämmelser mot illojal konkurrens. Lagtext och kommentar. 1944.
Levin, M. Formskydd, 1984.
– Aktuella tendenser i svenskt formskydd. NIR 1985 s. 215 ff.
– »Made in Sweden», Juridiska fakulteten i Stockholm, Skriftserien nr. 30, 1990.
– Noveller i varumärkesrätt, 1990.
Lindblom, P-H. Processhinder, 1974.
Lindqvist, T. Åberopanden och intyg i reklam. NIR 1979 s. 264 ff.
Ljungman, S. I vad mån förekomna divergenser i rättstillämpningen beträffande gemensam upphovsrättslig lagstiftning? NIR 1962 s. 55.
– Några reflexioner kring den nya firmalagen och dess förhållande till varumärkesrätten. NIR 1974 s. 384 ff.
– Om förfång, särskilt inom immaterialrätten. Festskrift tillägnad Gösta Eberstein, 1950 s. 134 ff.
Lund-Christiansen, T. Den nye markedsføringsloven, Juristen & Økonomen, København 1975.
Løchen, T. Markedsføringsloven, 3 utg. Oslo 1987.
Martenius, Å. Konkurrenslagstiftningen, 1985.
Mc Carthy, J.T. Trademarks and unfair Competition I–II, Rochester, 2 uppl. 1984.
Mäenpää M. Illojal konkurrens och god affärssed. Finsk opinionsnämndspraxis. NIR 1967 s. 57 ff., 291 ff.

Nial, H. Nya sakrätter? NIR 1940 s. 673 ff.
– Om rätt till märkt emballage, särskilt inom bryggeri- och läskedrycksindustrien. Festskrift tillägnad Gösta Eberstein 1950 s. 212 ff.
– Handelsbolag och enkla bolag. 2 uppl. 1983.
Nordell, P.J. Att åberopa, använda, begagna eller utnyttja annans varukännetecken, NIR 1992 s. 433 ff.
Oppenheim, S.P. Unfair Trade Practices, 4 ed. St Paul 1983.
Otillbörlig konkurrens och god affärssed. NOp årsböcker 1957–60, 1970.
Pagenberg, J. Trademark Rights at a Discount – Is Trademark Law still effective? IIC 1988 s. 639 ff.
Pehrson, L. EG och immaterialrätten. Juridiska fakulteten i Stockholms skriftserie nr. 4 1985.
– EG-rätt och immaterialrätt, TfR 1989 s. 497 ff.
– Ersättning vid patentintrång. Uppsatser tillägnade Ulf Bernitz, Institutet för immaterial- och marknadsrätt vid Stockholms universitets skriftserie nr. 50 1986 s. 89 ff.
– Kodakregeln och renommésnyltning. NIR 1989 s. 522 ff.
– LEGO-fallet. Omfattningen av ensamrätten till egentliga varuutstyrslar. NIR 1988 s. 378 ff.
– Rabattmärken – tillåtna eller otillåtna?, JT 1989–90 s. 660 ff.
– Skydd för varuutstyrsel enligt mönsterrättslagen, varumärkeslagen och konsumenträtten. NIR 1983 s. 525 ff.
– Säljarpremiering från marknadsrättslig synpunkt – Nordsjöfallet och dess konsekvenser. NIR 1986 s. 305 ff.
– Varumärken från konsumentsynpunkt, 1981.
Pokela, H. – Tiili, V., Om parallellinport och marknadsföring av parallellimporterade produkter, NIR 1982 s. 423 ff.
Prosser, W.L. – Keeton, R. on Torts, 5 ed. St Paul 1984.
Reich, N. Unlauterer Wettbewerb und irreführende Werbung im EWG-Recht. Das UWG auf neurer Grundlage. Ed C. Baudenbacker, Bern 1989.
Restatements of Torts. Vol 4
Rodhe, K. Handbok i sakrätt, 1985.
– Svensk rättspraxis. Förmögenhetsrätt: Förpliktelsers uppkomst och obligationsrätt 1945–1949. SvJT 1951 s. 581 ff.
– Svensk rättspraxis. Obligationsrätt 1945–1949. SvJT 1968 s. 596.
Rosén, J. Förlagsrätt, 1989.
Roubier, P. Le droit de la propriété industrielle I, Paris, 1952.
Salmond, J.P. On the Law of Torts, 17 ed. London 1977.

Saxén, H. Finlands skadeståndslag jämförd med Sveriges. SvJT 1977 s. 148 ff.
– Skadeståndsrätt, Åbo 1975.
Schmidt, F. Facklig arbetsrätt, 2 uppl. 1979.
Schricker, G. Das belgische Gesetz über Handelspraktiken. Neue Vorschriften über unlauteren Wettbewerb. GRUR Int. 1972 s. 184 ff.
– Entwicklungstendenzen im Recht des unlauteren Wettbewerbs, Ursprungsbezeichnung, Zugaben, Sonderveranstaltungen, Preis und Mengenauszeichnung sowie verwandte Gebiete. GRUR Int. 1972 s. 184 ff.
– Probleme der Angleichung des Rechts des unlauteren Wettbewerbs. Festschrift für K. Zweigert, Tübingen 1981.
– Unfair competition and unfair protection – New developments. IIC 1977 s. 185 ff.
– Unlauterer Wettbewerb und Verbraucherschutz. GRUR Int. 1970 s. 32 ff.
Schönherr, F. Die Sklavische Nachahmung in der neueren österreichischen Praxis. GRUR Int. 1983 s. 575 ff.
Stenberg, H. EEC:s konkurrensrätt och avtalen om ensamförsäljning, NIR 1967 s. 341 ff.
Stenshamn, S-Å. Kombinerade utbud. Svensk opinionsnämndspraxis. NIR 1966 s. 197 ff.
Ström, M. Vilseledande kännetecken. Stockholms universitets juridiska institution 1975 (uppsats i tillämpade studier).
Strömholm, S. Rätt, Rättskällor, rättstillämpning. 1981.
Ståhlros, L. Företagshemligheter – know-how, 1986.
Svensson, C.A. Allmänt om slavisk efterbildning. NIR 1971 s. 300 ff.
– Stenlund, A. m.fl. Praktisk marknadsrätt, 5 uppl. 1992.
Tengelin, S. Den illojala konkurrensen i blickpunkten. NIR 1957 s. 137 ff.
– Illojal reklam och annan marknadsföring. NIR 1959 s. 93 ff.
– Svenskt näringslivs självsanering på marknadsföringsområdet. Översikt av nuläget och försök till prognos. NIR 1970 s. 111 ff.
Tiberg, H. Nyttjanderättshavarens sakrättsliga skydd. SvJT 1964 s. 497 ff.
Tiili, V. Harhaanjohtava mainonta (Vilseledande reklam), Helsinki 1979.
– Några synpunkter på det finländska förslaget till konsumentskyddslagstiftning. NIR 1977 s. 130 ff.
– Skydd för varuutstyrsel enligt mönsterlagen, varumärkeslagen och konkurrensrätten, NIR 1983 s. 173 ff.
Treis, M. 1986 års revision av tyska UWG – konsumentskydd eller struk-

turpolitik? NIR 1988 s. 165 ff.
af Trolle, U. Studier i konkurrensfilosofi och konkurrenslagstiftning 1963.
Turner, A. The Law of Trade Secrets, London 1962.
Ulmer, E. m.fl. Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Band I–VI, München 1965.
Ussing, H. Obligationsretten, Almindelig del. 4 utg. København 1967.
Vahlén, L. Avtal och Tolkning, 1960.
Vinding-Kruse, P. Ejendomsretten II, 3 utg. København 1951.
Waibel, Warenzeichenrechtliche und Wettbewerbsrechtliche Fragen des Ersatzteile, Zubehör- und Reparaturbewerbes, Köln m.fl. 1977.
Westerlind, M. Titelskydd. NIR 1972 s. 261 ff.
Winroth, A. Om skadestånd, 2 uppl. 1907.
Zelmin, E. Negativ säljmetod. Skrifter utgivna av institutet för immaterial- och marknadsrätt vid Stockholms universitet 1982 nr. 19.

Citerade rättsfall

Sverige

Högsta domstolen

Nytt juridiskt arkiv (NJA)

1892 s. 377 – Stockholms Dagblad 43
1907 B. 350 & 351 – Salubrin 191
1908 s. 268 – Happachs såpfabrik 71
1909 s. 308 – Hilligenlei 43
1909 s. 591 – D. Forsells söner 43, 71
1913 s. 242 – Kriget Japan–Ryssland 43
1913 s. 247 – Collan-olja 186
1921 s. 579 – Frödings brev 54
1925 s. 340 – Salamander 86
1927 s. 357 – Göteborgs industri & adresskalender 55
1928 s. 621 – Baggå ångsåg 221
1929 s. 44 – Tenax och Tengor 85, 96, 97
1929 s. 283 – Lindencrona 86, 97
1929 s. 297 – Bildt 81, 97
1931 s. 82 – Tattersall 72, 96
1931 s. 169 – Mosetig Battist 88
1931 s. 506 – Orrefors glastillverkning 50
1931 s. 558 – Göta choklad 73
1932 s. 639 (NIR 1932 s. 70) – nyttomönster 68, 96, 97
1933 not B. s. 653 68
1933 s. 558 (NIR 1933 s. 142) – Savoy 71–103
1933 s. 639 – radiomusik 58, 96
1935 s. 686 229
1035 s. 712 – Martstams 50, 96
1936 s. 118 (NIR 1936 s. 134) – Mc Cormick & Deering 180, 185
1936 s. 221 – Pauli 82
1937 s. 154 229
1938 s. 232 (NIR 1938 s. 84) – Malmö Byggmästarförening 77, 96
1939 s. 389 (NIR 1939 s. 117) – Ex Lax 85, 96
1939 s. 592 – Bokuthyrning 96, 209
1939 2. 389 (NIR 1939 s. 117) – Ex Lax 85, 96
1940 not B. s. 298 68
1940 s. 145 – Centrum radio 111
1940 s. 508 – Rosenbad 103
1940 s. 648 – Lagercrantz 81

1941 s. 580 – Svensk uppslagsbok 111
1941 s. 672 (NIR 1942 s. 91) – KF 99
1943 s. 370 223
1943 s. 547 – Skyltdockor 50
1946 s. 15 – Ingångsprovision 219
1946 s. 371 – Ica-kuriren 56
1946 s. 501 54
1946 s. 767 (NIR 1947 s. 135) – Skidfrämjandet 78, 96, 97
1947 s. 282 – bildnegativ 103
1948 s. 414 – Järnhandelns katalogsystem 35, 94, 96, 97
1948 s. 642 (NIR 1949 s. 133) – Bönan lyx 75, 107
1949 s. 396 (NIR 1949 s. 256) – chokladtillverkning 68
1949 s. 645 (NIR 1949 s. 252) – grammofonskiveförsäljning 210, 214, 222
1950 not C. s. 643 – Tällgårdens turisthotell 72
1951 s. 492 (NIR 1954 s. 229) – 62
1953 s. 775 – Splitkein 103, 200
1956 s. 209 – brandförsäkringspremie 200
1956 s. 664 (NIR 1957 s. 242) – Ljungman 76
1958 not C. s. 560 (NIR 1959 s. 60) – Ulff 82
1958 s. 68 – Bengt Ruda 51
1958 s. 80 (NIR 1955 s. 155, 1959 s. 68) – industrimusik 59
1958 s. 617 – Åkerhielm 81
1959 s. 497 (NIR 1960 s. 121) – Lättbetonghus 72
1960 s. 457 (NIR 1961 s. 88) – Prestige 88
1962 s. 31 – Soliditet 103
1962 s. 709 (NIR 1963 s. 214) – Gahms 72
1962 s. 716 (NIR 1963 s. 219) – Götatryckeriet 73
1962 s. 750 (NIR 1963 s. 122) – Stringhyllan 52
1964 s. 259 (NIR 1966 s. 64) – Ljungmans armaturfabrik 72
1964 s. 532 (NIR 1966 s. 69) – Luxusspegeln 52, 94
1965 not A. s. 13 – Asea 67
1965 s. 523 (NIR 1966 s. 250, 1967 s. 139) – Svensk bokkatalog 56
1966 s. 237 – Bolinder Munktell 67
1967 s. 150 (NIR 1968 s. 125) – Stala Gammaldansförening 63, 179, 183
1967 s. 458 (NIR 1968 s. 404) Polycolor 90, 95, 183
1969 s. 266 (NIR 1970 s. 104) – Strand hotell 72, 74
1972 s. 462 (NIR 1972 s. 430) – Infusionsapparat 67
1973 s. 717 (NIR 1974 s. 193) – Wänerskog 82
1974 s. 403 – Skotten i Dallas 130
1976 s. 282 (NIR 1976 s. 335) – Hem till byn 83, 404
1979 s. 70 (NIR 1979 s. 370) – Goldbergs offset 56
1980 s. 575 (NIR 1982 s. 164) – Meccasoffan 69
1980 s. 123 (NIR 1980 s. 258) – Hotellmusik 63, 65
1982 s. 23 – bröllopsnegativ 54
1982 s. 307 (NIR 1983 s. 320) – Mäklarbanken 105
1982 s. 633 – Mareko 94
1985 s. 563 (NIR 1985 s. 592) – Gullmarsstrand 82
1985 s. 813 (NIR 1986 s. 246) – krukväxtkort 56
1986 s. 702 (NIR 1987 s. 89) – demonstrationsmusik 64

1987 s. 692 – Kone 221
1988 s. 543 (NIR 1989 s. 233) – Levis 92, 188
1988 s. 715 (NIR 1989 s. 225) – sjukhusmusik 64
1989 s. 183 (NIR 1989 s. 76) – Sodastream 181
1990 s. 168 (NIR 1990 s. 278) – saxverktyg 69

Regeringsrätten

Regeringsrättens årsbok (RÅ)

1938 not. H s. 50 (NIR 1938 s. 187) – KF 73
1956 rf. s. 63 – Juristbyrå 135
1963 not. H 42 (NIR 1963 s. 224) – The Swedish Radio & Television Corporation AB 135
1968 rf. s. 66 (NIR 1968 s. 415) – Dr Pepper 135, 143
1969 not. H 52 (NIR 1970 s. 109) – Tvätteriernas Inköpscentral 134
1971 not. H 62 (NIR 1973 s. 100) – Windsor Door 135
1974 not. A 1316 – Allmatall 135

Arbetsdomstolen

Arbetsdomstolens domar

1984 nr. 3 221

Marknadsdomstolen

(Benämnd marknadsrådet 1971–1972).

Marknadsdomstolens avgöranden.

1971:1 – Kvarnbolaget Nordmills 226, 232, 246
1971:6 – Åhlén & Åkerlund Förlag 242, 246, 252
1971:7 – Saxon & Lindström Förlag 242, 246
1971:8 – Tre Kök 119, 142,
1972:3 – B.A.T. 234, 250, 251
1972:5 – Europeisk Export-kalender 118
1972:6 – Elåg-produkter 243, 246
1972:8 – Svensk Rättshjälp 137, 146, 163
1972:9 – Rymd 140, 144
1972:10 – Catalina 123, 147, 158, 162
1972:15 – Mobil Oil 243, 247, 250
1973:3 – Holiday Magic 118
1973:6 – L & M 141, 144
1973:7 – Svenska Esso 243, 247, 250
1973:15 – Axelsons Gymnastiska Institut 138
1973:18 – Reader's Digest 244, 252
1973:26 – NK 244, 251
1974:5 – Blomin 117, 148, 151, 161
1974:7 – HB Bankernas Fastigheter 138
1974:12 – Exynol Miljö 118, 140, 144
1974:16 – Linnéa 190
1974:24 – Angereds Tipsservice 252
1975:13 – Östgöta-Byggen 118
1975:19 – Förlagshuset Norden 243, 246
1976:17 – Sveriges Biodlares Riksförbund 169
1976:18 – Sparkronan 118
1976:19 – Philip Morris 165, 252
1976:27 – Hasse Foto 244, 252, 261
1977:1 – Vivo Favör 122
1977:2 – Scandinavian Touring 253
1977:6 – Bokförlaget Data 243, 245, 246, 250

1977:8 – Expressen 121, 190
1977:13 – Svenska BP 190
1977:17 – ASBA 253
1977:25 – Fiskars 124
1977:28 – Canicium 165
1978:6 – Trygg Hansa 177
1979:24 – Don George 242
1980:1 – Linden Alimak 117, 122
1980:12 – Cortego 121
1980:19 – Verdexa 232, 249, 262
1981:2 – Conex 173
1981:13 – Skogslunds 177
1981:14 – Buitoni 119
1981:22 – Renault 260
1982:7 – Ystá-Larm 260
1982:9 – Stockholms skrädderiidkarförening 119
1982:10 – Apport Foto 260
1982:11 – Örebro Läns Sparbank 113, 233, 251, 260
1982:12 – Atlentec 122, 260
1982:14 – Lasses Färg & Tapetaffär 115
1982:16 – Stureförlaget 260
1982:19 – Haléns postorder 233, 243, 246, 250
1983:3 – Ajax 123, 165
1983:8 – Datatronic 122
1983:17 – Fyndmarknaden Bennebol 121
1983:18 – Weekendpressen 171
1983:22 – St Louis Light 39, 112
1984:17 – Race & Cruising Segling 171
1985:2 – Drottning TV 250
1985:5 – Perstorps Ättika 166
1985:6 – Lovena 189
1985:30 – Marabou 234, 263
1986:24 – Cykel City 243
1986:9 – Göta Ädelmetall 243
1987:1 – Finlandia 171, 175
1987:10 – Pre Glandin 122, 169
1987:12 – Inteckningsbörsen 171
1987:30 – Select 170, 172
1988:2 – Önskebutikerna 237, 263
1988:6 – Klorin 166, 171
1988:7 – Briggs & Stratton 181, 194
1988:12 – CEH 171, 174, 175
1988:13 – Alkalion 171
1988:19 – Globen 122, 170
1989:9 – Svita 68, 172, 175
1989:10 – Camel Adventures 39
1989:12 – Statoil 238, 263
1989:14 – Nollbaskonsult 171
1989:19 Globen 170
1989:20 – Vegetaria 171
1990:2 – Bobcat 171
1990:3 – Liljeholmens 166, 170
1990:4 – SL 239
1990:5 – Aloe Juice 167, 171
1990:18 – Supertvätt 171
1993:9 – Boss 122, 170

Hovrätterna

Svensk Juristtidning (SvJT)

1918 rf. s. 49 – Gyllensvärd 81
1978 rf. s. 37 (NIR 1978 s. 136) – Tidningen Vi 111

NIR Nordiskt Immateriellt Rättsskydd

1969 s. 418 – Volkswagen 155, 181
1990 s. 466 – La Copie 194
1991 s. 502 – Byggis 194

Tingsrätterna

NIR Nordiskt Immateriellt Rättsskydd

1973 s. 199 – Carlsson-högtalare 150
1981 s. 421 – Rolls 195 ff.

Danmark

Ugeskrift for Retsvaesen (UfR)

1930 s. 646 H – radiomusik 59
1935 s. 695 H – Mart Stam 50
1945 s. 81 H (NIR 1945 s. 186) – Benzona 180
1961 s. 699 S – Terylene 194
1978 s. 77 H 258
1979 s. 602 S 258
1980 s. 575 S 258
1980 s. 1016 H 258
1983 s. 923 S (NIR 1987 s. 358) – Leyland 188

Finland

Högsta domstolen

1951 s. 212 – radiomusik 59
1969 s. 96 – Felica 183

Marknadsdomstolen

1980:8 260
1980:13 260
1980:19 260
1981:14 260
1981:22 260
1982:7 260
1982:10 260
1982:11 260
1982:12 260
1982:16 260

Norge

Høyesterett

1896 s. 530 – Aars 80
1940 s. 450 – grammofonskiveförsäljning 211
1955 s. 536 (NIR 1955 s. 202) – högtalarmusik 211
1984 s. 248 – John Deere 208

Oslo Byrett

NIR 1987 s. 38 – Levi Strauss 183

Markedsrådet

Publicerade i Markesdårdets vedtak

1973:2 256
1975:20 256
1975:22 256
1975:25 256
1978:9 256

Tyskland

Reichsgericht

RGZ 113 s. 413 (1926) 58

Europeiska gemenskapen

EG-domstolen

192/73 – Kaffee Hag 184
102/77 – Valium Roche 186
10/89 – Kaffee Hag II 184

Sakregister

Annonsutformning 164
Avtalsbindning, av tredje man 209 ff.
Avtalsförhållanden, otillåtet ingripande i 37, 199 ff., 214 ff.
– tredje mans 200 ff.
– utländsk rätt 203 ff
Avtalsverkningarnas subjektiva begränsning, principen om 199

Bait advertising 253
Bernkonventionen 43
Bestickning 108, 217
– i näringsverksamhet 37
Betalcheck 234
Bild i reklam, lag om 104
Brukskonst 49
Bulvan 223

Civilrätt 32 f.
Competitive torts 102, 203
Cross coupon 231

Datorprogram 57, 211
Demonstrationsmusik 64, 95
Design
– vilseledande 157 f.
– förväxlingsbar 157 f.
Diffused interests 38 f.
Diskretionsklausuler 219

Efterbildning 123 ff
– närgången 37, 124 f.
– slavisk 37, 124 f.
– utnyttjande i marknadsföring 135, 151
Emballage, märkt 187
Emblem, vilseledande 152
Ensamrätt 96
Etiska överväganden 34
Erbjudanden, parallella 252
Etiketter 164
Extrapris 253

Figurmärken 140, 164
Frima, pretentiös 144
Firmaförkortning 74
Firmalagen 130
Firmarätt
– förbudssanktion 72
– materiell 70
– praxis 69
Form, vilseledande 142
Funktionella alster 173

Förarbetsbundenhet 91
Förbud, MFL 109 ff.
– villkorade 112, 121
Förbudstalan, IKL 76
– inom marknadsrätten 105
Företagshemligheter 27, 216
– lagen om 108 f., 216
– missbruk av 37
Företagsspioneri 217
Förfång, firmarättsligt 71, 74
Förmånserbjudanden, enkla 253
Förmögenhetsbrott 221
Förmögenhetsskada, ren 74 f., 102 ff., 214, 223
Förpackning 164
– efterbildning av 165
– vilkseledande 142
Förpackningsdekor 140
Förpackningsutstyrslar 165
Förväxlingsbarhet 74
Förväxlingsfara 37

Generalagent 91
Generalklausulen, lilla IKL 129
– stora IKL 129
Geografiska ursprungsbeteckingar, missbruk av 37
Goodwill 37, 69
Gratisförmån 252
Grundregler för reklam, Internationella handelskammarens 31, 107
Gåva 252

Harmonisering, EG 29 ff.
Hotellmusik 63

Illojal konkurrens 13
– EG-perspektiv 38
– I Europa 20 ff
– lagen om 75 ff., 106 ff., 128 ff., 215
– läran om 18 ff., 31 ff.
– rättssystematisk inordning 32 f.
– utveckling 31 ff.
Imaterialrätt 33, 44
– förbud 93
– rättsutveckling 41 ff.
– sanktioner 93
– straff 93
– vilseledande om 157
Importskydd 89
Inarbetning 170, 173
Individualisering 69
Industrimusik 59
Informationsskyldighet, MFL 121

Jämförelser
– direkta 154
– reklam 178
– icke rättvisande 122
– åberopande av annans märke 190

Kassakvitto 237
Katalog 54 ff.
Kollektivmärke 188
Kollusion 222
Kombinationserbjudanden 111
– förbud mot 226 ff., 240 ff.
– i Norden 255
– i utlandet 228 ff.
– till konsument 227
– till näringsidkare 253 f.
Kommersiellt ursprung, vilseledande om 123, 45 ff., 161 ff., 181
Konkurrens
– förbud 220
– illojal se illojal konkurrens
– otillbörlig se otillbörlig konkurrens
– parasiterande 38, 125
Konkurrensbegränsningsrätt 34
Konkurrensfördel, otillåtet handlande för att uppnå 38

Konkurrensskador 103 ff.
– utomobligatoriska 221
Konsumentlagstiftning 33
Konsumentsombudsmannen 116 ff.
– avskrivningspraxis 118, 161
Konsumentskydd
– inom EG 30
– IKL 106
Kontokort 234
Kontraktsbrott, medverkan till 202
Kontraktsrätt 218
Kopia, av annans vara 194
Kännetecken
– illojal användning av 108
– skydd 128 ff.
Köpbevis 231

Lagtolkning
– bunden 47, 95
– fri 47
Legalitetsprincip
– straffrättslig 94
– upphovsrättslig 94
Licensavtal 217
Licensierat kännetecken
– vilseledande användande av 155
– otillåten användning av 155

Marknadsföring 113
– stridande mot regler i annan lag 120
Maximipris 213
Misskreditering 36, 122
Modell 194
Musikframföranden 58 ff.
Mängdrabattsbevis 236
Märkning av varor 184
Mönsterskyddslag 53, 68ff.
Mönsterrätt 65 ff., 68 ff.

Namn
– adliga 80
– borgerliga 81
– i reklam, lagom 104
– vilseledande 152
Namnrätt 77 ff.
– materiell 77
Nationell behandling 26, 39
Naturligt samband 247
Neutralisering 141, 159f.
Numerus-clausus-principen, sakrätt 12
Näringskännetecken 137 ff.
– vilseledande åberopande av annans 154

Objektsskydd 132
Offentligt framförande 59 ff.
Områdesindelning 220
Ordmärken 139, 164, 168 ff.
Otillbörlig konkurrens 36 ff
– lagen om 107, 215
– mellan näringsidkare 100 ff.

Paketerbjudanden 226, 240
Parallellimport 88, 178
– åberopande av annan varumärke 182
– varumärkesintrång 187
Pariskonventionen 26 ff, 39, 43, 85, 100, 112, 126
Passing off 102
Patentbesvärsrätten 67
Patenträtt 65 ff.
Produktutformning, vilseledande 151, 157 ff.
Prövning
– administrativ 65 ff.
– judiciell 65 ff.
Prövningstillstånd 99

Rabatterbjudanden, enkla 253
Rabattmärkesförbudet 230 ff.
Radiomusik 58

Registreringsärenden 66
Reklam
– otillbörlig 36
– vilseledande 36
– vilseledande i EG 113
Reklamidentifiering 121
Renommésnyltning 37, 122, 169
Reservdelar, åberopande av annans varumärke 178

Sanningsprincipen 133 ff.
Sekretessklausuler 219
Servitut, negativt 213
Sjukhusmusik 64, 95
Skadeståndsansvar
–IKL 106
– MFL 110
– utomobligatoriskt 101
Skyddsintressen, konsumenter 114
Släktnamn 80
STIM-målen 58
Straffansvar, IKL 106
Säljfrämjande åtgärder
– otillåtna 38
Säljmetoder, otillåtna 38
Sändarangivelse 121

Talerätt, IKL 106 ff.
– näringsidkares 116
– subsidiär 116
Tekniska förebilder, missbruk av 108
Terminologimissbruk 137
Tilläggserbjudanden 226, 240
Tilläggsvara, av obetydligt värde 248
Titelskydd 75
Titlar, vilseledande 152
Trading Stamps 231, 236
Tredjemansavtal 200
Typtvång, sakrättsligt 212

Upphovsrätt 48
Upphovsrättslagen 56

Varukännetecken, vilseledande åberopande av annans 158 ff., 176 ff.
Varumärken, skydd för oregistrerade 85
Varumärkeslagen 128 ff.
Varumärkesrätt 84 ff.
– begränsingar 87 ff.
– räckvidd 90
Vederhäftighetsprincipen 133
– MFL 135 ff. 146
Verkshöjd 48, 54 ff., 97
Vilseledande
– design 157
– emblem 152
– form 145
– förpackning 145
– namn 152
– om beskaffenhet 133 ff.
– om immaterialrättsligt skydd 157 ff.
– om kommersiellt ursprung 122, 145 ff., 161 ff., 181
– om licensierat kännetecken 155 f.
– om produkt 121
– produktutformning 157 ff.
– titlar 152
– varukännetecken 128 ff.
– åberopande av annans kännetecken 154 f.
Värdecheck 235

Yrkeshemligheter, missbruk av 108

Åberopande 176 ff.
– av annans kännetecken 154 ff.
Återbäring i pengar 231

Institutet för Rättsvetenskaplig forskning

I	Karlgren, Hjalmar. *Skadeståndsrätt.* 252 s. 5:e uppl. 1972.
II	Nial, Håkan. *Internationell förmögenhetsrätt.* 159 s. 2:a uppl. 1953. Slut.
III	Welamson, Lars. *Om anslutningsvad och reformatio in pejus.* 201 s. 1953. Slut.
IV	Olivecrona, Karl. *Rättegången i brottmål enligt RB.* 379 s. 3:e uppl. 1968.
V	Lagergren, Gunnar. *Delivery of the goods and transfer of property and risk in the law sale.* 151 s. 1954. Slut.
VI	Karlgren, Hjalmar. *Avtalsrättsliga spörsmål.* 214 s. 2:a uppl. 1954.
VII	Nial, Håkan. *Om handelsbolag och enkla bolag.* 437 s. 3:e uppl. 1993 i samverkan med Carl Hemström.
VIII	Ekelöf, Per Olof. *Processuella grundbergrepp och allmänna processprinciper.* 292 s. 1956. Slut.
IX	Welamson, Lars. *Domvillobesvär av tredje man.* 252 s. 1956. Slut.
X	Thornstedt, Hans. *Om rättsvillfarelse.* 323 s. 1956. Slut.
XI	Rodhe, Knut. *Obligationsrätt.* 383 s. 1956. Oför. omtr. 1984.
XII	Strömberg, Tore. *Åtalspreskription.* 252 s. 1956. Slut.
XIII	Bolding, Per Olof. *Skiljeförfarande och rättegång.* 251 s. 1956. Slut.
XIV	Malmström, Åke. *Föräldrarätt.* 192 s. 1969. Slut.
XV	Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert, *Rättegång I.* 190 s. 7:e uppl. 1990.

XVI	Regner, Nils. *Svensk juridisk litteratur.* 642 s. 1957. Slut.
XVII	Herlitz, Nils. *Nordisk offentlig rätt I.* 111 s. 1958. Slut.
XVIII	Herlitz, Nils. *Nordisk offentlig rätt II.* 222 s. 1958. Slut.
XIV	Ekelöf, Per Olof. *Rättegång* II. 198 s. 7:e uppl. 1958.
XX	Karlgren, Hjalmar. *Säkerhetsöverlåtelse.* 238 s. 1959. Slut.
XXI	Schmidt, Folke. *Tjänsteavtalet.* Nyskriven uppl. 1968. 229 s. 2:a tr. 1970. Slut.
XXII	Agge, Ivar. *Straffrättens allmänna del I.* 176 s. 4:e uppl. 1970. Slut.
XXIII	Karlgren, Hjalmar. *Kutym och rättsregel* 112 s. 1960. Slut.
XXIV	Olivecrona, Karl. *Rätt och dom.* 352 s. 2:a uppl. 1966.
XXV	Vahlén, Lennart. *Avtal och tolkning.* 329 s. 2:a tr. 1966. Slut.
XXVI	Westerberg, Ole. *Skatter, avgifter och pålagor.* 363 s. 1961. Slut.
XXVII	Ekelöf, Per Olof. *Rättegång III.* 197 s. 5:e uppl. 1988.
XXVIII	Ljungman, Seve – Stjernquist, Per. *Den rättsliga kontrollen över mark och vatten I.* 202 s. 5:e uppl. 1970. Slut.
XXIX	Grönfors, Kurt, *Ställningsfullmakt och bulvanskap.* 397 s. 1961. Slut.
XXX	Agge, Ivar. *Straffrättens allmänna del II.* 186 s. 3:e tr. 1970. Slut.
XXXI	Dennemark, Sigurd. *Om svensk domstols behörighet i internationellt förmögenhetsrättsliga mål.* 376 s. 1961. Slut.
XXXII	Welamson, Lars. *Konkursrätt.* 846 s. 1961. Slut.
XXXIII	Eek, Hilding. *Internationell privaträtt.* 279 s. 2:a uppl. 1967. Slut.
XXXIV	Ljungman, Seve – Stjernquist, Per. *Den rättsliga kontrollen över mark och vatten II.* 152 s. 3:e uppl. 1970. Slut.
XXXV	Bolding, Per. *Skiljedom.* 252 s. 1962. Slut.
XXXVI	Herlitz, Nils. *Nordisk offentlig rätt III.* 831 s. 1963. Slut.
XXXVII	Schmidt, Folke. *Äktenskapsrätt.* 208 s. 5:e uppl. 2:a tr. 1976. Slut.
XXXVIII	Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert. *Rättegång IV.* 260 s. 6:e uppl. 1992.
XXXIX	Adlercreutz, Axel. *Arbetstagarbegreppet.* 491 s. 1964.
XL	Agge, Ivar. *Straffrättens allmänna del III.* 119 s. 3:e tr. 1970. Slut.
XLI	Welamson, Lars. *Konkurs.* 205 s. 8:e uppl. 1988.
XLII	Karlgren, Hjalmar. *Passivitet.* 247 s. 1965. Slut.

XLII Westerlind, Peter. *Studier över tomträttsinstitutet I.* 529 s. 1965.

XLIV Vahlén, Lennart. *Fastighetsköp.* 250 s. 2:a uppl. 3:e tr. 1971 s. Slut.

XLV Hassler, Åke – Cars, Thorsten. *Skiljeförfarande.* 257 s. 2:a uppl. 1989.

XLVI Ekelöf, Per Olof. *Rättegång V.* 216 s. 6:e uppl. 1987.

XLVII Rodhe, Knut. *Lärobok i obligationsrätt.* 315 s. 6:e uppl. 1986.

XLVIII Bengtsson, Bengt. *Hävningsrätt.* 675 s. 1967. Slut.

XLIX Lihné, Nils Börje. *Lagsökning.* 377 s. 1968. Slut.

L Grönfors, Kurt. *Successiva transporter.* 332 s. 1968.

LI Eek, Hilding – Bring, Ove – Hjerner, Lars. *Folkrätten.* 492 s. 4:e uppl. 1987.

LII Regner, Nils. *Rättspraxis i litteraturen.* 407 s. 1969. Slut.

LIII Westerberg, Ole. *Förfarandet i förvaltningen.* 151 s. 1969. Slut.

LIV Herlitz, Nils. *Elements of Nordic Public Law.* 287 s. 1969. Slut.

LV Sundberg, Jacob W.F. *Familjerätt i omvandling.* 244 s. 1969.

LVI Sterzel, Fredrik. *Riksdagens kontrollmakt.* 260 s. 1970. Slut.

LVII Karlgren, Hjalmar. *Produktansvaret.* 197 s. 1971. Slut.

LVIII Westman, E.G. *Kommunal förvaltning genom avtal.* 119 s. 1971. Slut.

LIX Bengtsson, Bertil. *Särskilda avtalstyper I.* 188 s. 2:a uppl. 2:a tr. 1979. Slut.

LX Agell, Anders. *Växel, check och materiell fordran.* 262 s. 1971. Slut.

LXI Regner, Nils. *Svensk juridisk litteratur II.* 383 s. 1971.

LXII Westerberg, Ole. *Allmän förvaltningsrätt.* Utges på annat förlag.

LXIII Hassler, Åke. *Specialprocess.* 155 s. 1972.

LXIV Schmidt, Folke. *Arbetsrätt I.* 284 s. 1972. Slut.

LXV Eek, Hilding. *Lagkonflikter i tvistemål.* 305 s. 1973.

LXVI Lögdberg, Åke. *Personlighetsrätt.* 175 s. 1972.

LXVII Wiklund, Holger. *God advokatsed.* 641 s. 1973. Slut.

LXVIII Lech, Hlavar. *Skadeersättning för personskada.* 254 s. 1973. Slut.

LXIV Hessler, Henrik. *Allmän sakrätt.* 590 s. 1953. Slut.

LXX Schmidt, Folke. *Arbetsrätt II.* 270 s. 2:a uppl. 1975. Slut.

LXXI Ragnemalm, Hans. *Extraordinära rättsmedel i förvaltningsproceessen.* 293 s. 1973. Slut.

LXXII Lihné, Nils Börje. *Betalningsföreläggande.* 329 s. 1973.

LXXIII Schmidt, Folke. *Allmänna och privata pensioner.* 239 s. 1974. Slut.

LXXIV Bertil Bengtsson. *Nyttjanderätt till fast egendom.* 226 s. 2:a uppl. 1976. Slut.

LXXV Welamson, Lars. *Rättegång VI.* 265 s. 2:a uppl. 1978.

LXXVI Lindblom, Per Henrik. *Processhinder.* 292 s. 1974.

LXXVII Roos, Carl Martin. *Grupplivskyddet.* 277 s. 1974.

LXXVIII Jareborg, Nils. *Begrepp och brottsbeskrivning.* 293 s. 1974.

LXXIX Ekelöf, Per Olof. *Supplement till Rättegång I †V.* 59 s. 8:e uppl. 1991 i samverkan med *Svante Johansson.*

LXXXI Walin, Gösta. *Separationsrätt.* 222 s. 1975.

LXXXII Jareborg, Nils. *Förmögenhetsbrotten.* 381 s. 1975.

LXXXIII Bengtsson, Bertil. *Skadestånd vid myndighetsutövning I.* 425 s. 1976.

LXXXIV Karlgren, Hjalmar. *Prestation och "fara" i köprätten.* 196 s. 1976.

LXXXV Erenius, Gillis. *Criminal Negligence and Individuality.* 282 s. 1976.

LXXXVI Strahl, Ivar. *Allmän straffrätt i vad angår brotten.* 442 s. 1976.

LXXXVII Lejman, Fritjof. *De nya hyresrätten efter hyresregleringens avskaffande.* 450 s. 1976.

LXXXVIII Sandström, Jan. *Hembud och lösningsrätt vid övergång av aktie.* 339 s. 1976.

LXXXIX Schmidt, Folke. *Facklig arbetsrätt.* 276 s. 2:a uppl. 1979. Slut.

XC Mattsson, Nils. *Aktiebolagens finansieringsformer.* 216 s. 1977.

XCI Lindencrona, Gustaf. *Arbetstagare och aktieägare i aktiebolagsstyrelser.* 159 s. 1978.

XCII Jareborg, Nils. *Brotten II.* 305 s. 2:a uppl. 1987.

XCIII Bengtsson, Bertil. *Skadestånd vid myndighetsutövning II.* 319 s. 1978.

XCIV Schmidt, Folke. *Löntagarrätt.* 270 s. 1978. Slut.

XCV Eek, Hilding. *Lagkonflikter i tvistemål II.* 117 s. 1978.

XCVI Strömholm, Stig. *Idéer och tillämpningar.* 347 s. 1978.

XCVII Lagerbielke, Gustav. *Om mened.* 263 s. 1979.

XCVIII	Bengtsson, Bertil – Victorin, Anders. *Hyra och annan nyttjanderätt till fast egendom.* 426 s. 4:e uppl. 1991.
XCIX	Jareborg, Nils. *Brotten I.* 367 s. 2:a uppl. 1984.
C	Regner, Nils. *Svensk juridisk litteratur III.* 264 s. 1980. Slut.
CII	Gorton, Lars. *Rembursträtt.* 472 s. 1980.
CII	Victorin, Anders. *Kollektiv hyresrätt.* 403 s. 1980.
CIV	Christensen, Anna. *Avstängning från arbetslöshetsersättning.* 468 s. 1980.
CV	Walin, Gösta. *Materiell konkursrätt.* 286 s. 2:a uppl. 1987.
CVI	Heuman, Lars. *Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder.* 884 s. 1980.
CVII	Hessler, Henrik. *Obehöriga förfaranden med värdepapper.* 296 s. 1981.
CVIII	Strömholm, Stig, (editor), *An Introduction to Swedish law.* 528 p. 2:nd ed. 1988.
CIX	Strömholm, Stig. *Rätt, rättskällor och rättstillämpning.* 476 s. 4:e uppl. 1992.
CX	Regner, Nils – Berggren, Nils-Olof – Lindh, Ove. *Rättspraxis i litteraturen, Nytt Juridiskt Arkiv* 1930†1980. 597 s. 1982.
CXI	Karlgren, Hjalmar. *Obehörig vinst och värdeersättning.* 123 s. 1982.
CXII	Bengtsson, Bertil. *Om jämkning av skadestånd.* 335 s. 1982.
CXIII	Håstad, Torgny. *Sakrätt avseende lös egendom.* 377 s. 4:e uppl. 1990.
CXIV	Jareborg, Nils. *Brotten III.* 270 s. 2:a uppl. 1986.
CXV	Ramberg, Jan. *Spedition och fraktavtal.* 322 s. 1983.
CXVI	Löfmarck, Madeleine. *Brotten mot borgenärer.* 380 s. 2:a uppl. 1986.
CXVII	Sterzel, Fredrik. *Parlamentarismen i författningen.* 216 s. 1983.
CXVIII	Gregow, Torkel. *Utsökningsrätt.* 322 s. 2:a uppl. 1990.
CXIX	Bogdan, Michael. *Internationell konkurs- och ackordsrätt.* 437 s. 1984.
CXX	Regner, Nils – Regner, Hans – Regner, Göran. *Svensk juridisk litteratur IV.* 436 s. 1984. Slut.
CXXI	Walin, Gösta. Borgen och tredjemanspant. 398 s. 1984.
CXXII	Lennander, Gertrud. *Återvinning i konkurs.* 437 s. 1985.

CXXIII Peyron, Ulf. *Det upphovsrättsliga anställningsförhållandet.* 257 s. 1985.

CXXIV Rodhe, Knut. *Handbok i sakrätt.* 689 s. 1985.

CXXV Wennberg, Suzanne. *Försök till brott.* 373 s. 1985.

CXXVI Westerhäll, Lotta. *Sjukpenninggrundande inkomst.* 264 s. 1986.

CXXVII Hemström, Carl. *Gemensamhetsanläggningar.* 268 s. 1986.

CXXVIII Bengtsson, Bertil. *Ersättning vid offentliga ingrepp I.* Egendomsskyddet enligt regeringsformen. 227 s. 1986.

CXXIX Westerhäll, Lotta. *Bosättningsbegreppet inom folkbokföringen och sjukförsäkringen.* 203 s. 1986.

CXXX Gregow, Torkel. *Tredje mans rätt vid utmätning.* 498 s. 1987.

CXXXI Lindblom, Per Henrik. *Grupptalan. Det anglo-amerikanska classactioninstitutet ur svenskt perspektiv.* 783 s. 1989.

CXXXII Strömholm, Stig. *Historiskt och aktuellt. Studier i allmän rättslära.* 325 s. 1988.

CXXXIII Regner, Nils – Regner, Hans – Regner, Göran. *Svensk juridisk litteratur* 1971–1986. 578 s. 1990.

CXXXIV Westerhäll, Lotta. *Ersättning för vård av handikappade barn.* 139 s. 1988.

CXXXV Regner, Nils – Berggren, Nils-Olof – Lindh, ove. *Rättspraxis i litteraturen. Nytt juridiskt arkiv* 1930–1987. Rättsfall från hovrätterna 1980–1987. 802 s. 1990.

CXXXVI Göranson, Ulf. *Återvinning utom konkurs.* 342 s. 1989.

CXXXVII Pålsson, Lennart. *Svensk rättspraxis i internationell processrätt.* 241 s. 1989.

CXXXVIII Lindskog, Stefan. *Preskription.* 675 s. 1990.

CXXXIX Bengtsson, Bertil. *Det allmännas ansvar enligt skadeståndslagen.* 125 s. 1990.

CXL Westerhäll, Lotta. *Den svenska socialrätten.* 398 s. 1990.

CXLI Walin, Gösta. *Panträtt.* 385 s. 1991.

CXLII Bogdan, Michael. *Utrikeshandelns civilrättsliga grundproblem.* 189 s. 1991.

CXLIII Bengtsson, Bertil. *Ersättning vid offentliga ingrepp II.* 382 s. 1991.

CXLIV Pålsson Lennart. *Luganokonventionen.* 247 s. 1992.

CXLV Westerhäll, Lotta. *An Introduction to Medical Malpractice Law in the United States and Sweden. The Rights of Patients.* 146 s. 1992.

CXLVI Bogdan, Michael. *Svensk internationell privat- och processrätt.* 314 s. 1992.

CXLVII Lindblom, Per Henrik. *Studier i processrätt.* 512 s. 1993.

CXLVIII Lindskog, Stefan. *Kvittning. Om avräkning av privaträttsliga fordringar.* 778. 1993.

CXLIX Lindell, Bengt. *Processuell preklusion. Avseende omtändigheter eller bevis rörande saken.* 424 s. 1993.

CL Bogdan, Michael. *Komparativ rättskunskap.* 249 s. 1993.

CLI Bernitz, Ulf. *Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare.* 282 s. 1993.

Otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare har länge varit ett underutvecklat område i svensk rätt. Numera har det dock kommit till stånd en betydelsefull rättsutveckling, framför allt inom ramen för generalklausulen i marknadsföringslagen.

I denna bok har Ulf Bernitz ställt samman sina studier på området. Boken behandlar bl.a.:

- Den internationella synen på illojal konkurrens.
- Rättsutvecklingen i HD när det gäller räckvidden av immaterialrättsligt ensamrättsskydd.
- Företagens möjligheter till skydd mot otillbörlig konkurrens med stöd av marknadsföringslagen.
- Skyddet mot vilseledande kännetecken och mot vilseledande uppgifter om kommersiellt ursprung.
- Åberopanden och utnyttjanden av annans varumärke vid marknadsföring.
- Otillbörliga ingripanden i avtalsförhållanden.
- Otillåtna kombinations- och tilläggserbjudanden.

Ulf Bernitz är professor i civilrätt, särskilt konsument- och marknadsrätt, vid Stockholms universitet. Han har bakom sig ett omfattande författarskap inom ämnesområdet.

ISBN 91-38-50116-3

NORSTEDTS JURIDIK

Beställningar: Fritzes kundtjänst, 106 47 Stockholm
Fax 08-20 50 21, Telefon 08-690 90 90