Varumärkesparodier och annan lek med andras kännetecken i ljuset av den nya Kodakregeln

av tf. professor MARIANNE LEVIN

Inledande synpunkter

På varumärkesområdet gör sig för närvarande en hel del motstridiga tendenser sig gällande. Dessa har kommit att fokuseras genom EES-avtalet, som inneburit krav på vissa förändringar av den svenska varumärkesrätten i enlighet med EGs harmoniseringsdirektiv på området (89/104/EEC).[1] Lagändringarna får effekt från och med den 1 januari 1993.

En tendens är internationalisering — eller åtminstone europeisering — som bl. a. talar för ett större antal skyddade kännetecken på (den svenska) marknaden, men med ett mindre skyddsomfång för vart och ett.[2] Tillgången på ”bra” varumärken är som bekant begränsad, dvs. märken som är lätta att minnas, lätta att uttala på flera språk, fantasibetonade, så att de direkt uppfattas som särskiljande, och som har en hög penetrationsförmåga. Detta har fört med sig att gränserna för varumärkesrättens omfång successivt begränsats inom ramen för vad som med ett pragmatisk synsätt kan anses vara ”nödvändigt” skydd för att ensamrätten till kännetecken över huvud taget skall kunna uppfylla sin åsyftade marknadsstyrande funktion.[3]

Med ett större antal registrerade varumärken, bl. a. på grund av ett svenskt framtida tillträde till systemet för internationella varumärkesregistreringar[4] och det allt större flödet av märkesvaror över gränserna, ökar trängseln och kampen för bra märken. Då gäller det att bereda plats för så många märken av liknande slag som möjligt. Detta är också relativt oproblematiskt, så länge som ensamrätten endast har betydelse som konkurrensmedel inom en bestämd ekonomisk krets.[5]

[1] First Council Directive of 21 December 1988 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, [1989] O.J. No. L 40 s. 1.

[2] Om denna trend tycktes 100-talet deltagare vid USTAs framtidssymposium om varumärkesrätten år 2025 i Cannes 5-8.2.1992 vara tämligen ense.

[3] Jfr härtill Koktvedgaard, M.–Levin, M. Lärobok i immaterialrätt (1992) s. 290 f.

[4] Ett tillträde till Madridarrangemanget (1891) för internationell registrering av varumärken utreds för närvarande i justitiedepartementet, och i varje fall följer av EES-avtalet att EFTA-länderna senast 1995 måste tillträda 1989 års Madridprotokoll.

[5] Se Levin, M., Noveller i varumärkesrätt (1990) s. 41.

Utgångspunkt för Varumärkes- och firmautredningen i SOU 1958:10 var helt klart att varumärkesregistreringar endast är befogade i de fall och i den omfattning märken också begagnas. Redan då såg man risken för överhopade register.[6] Det får i och för sig anses som en självklarhet att ensamrätt till kännetecken endast skall kunna hindra andra från användningen av samma eller liknande kännetecken, under förutsättning att det hindrande märket verkligen också utnyttjas.[7] Ändå infördes i den svenska varumärkeslagen[8] (VML) blott ett ”modifierat” användningskrav.[9] Användning i en klass skulle enligt departementschefen räcka för att upprätthålla märket med avseende på samtliga registrerade klasser.[10]

Den nya strikta användningsregel som nu införs i 25a § VML överensstämmer därför väl med det moderna varumärkesrättsliga tänkandet i flertalet industriländer, och den får anses extra motiverad med tanke på den ökande varumärkesmängden. 25a § torde inte ge täckning för skydd ens i en hel klass, som ju innehåller en mängd sins emellan artfrämmande företeelser.[11] Efter utgången av femårsfristen skyddas det registrerade märket bara med avseende på just samma och liknande varor, som det också använts för.[12] Partiell hävning kommer då också kunna ske inom en klass.

En annan tendens är att blir det allt dyrare att föra ut nya märken på (de allt större) marknaderna, att bygga upp dem och att hålla dem vid liv. Många meddelanden konkurrerar, och allt fler medier måste användas för att nå ut. Därför kan det också tyckas naturligt att det finns en strävan efter att öka skyddet mot goodwillskador på de kända — eller väl ansedda — märkena på grund av de investeringar som nedlagts och de värden som finns förborgade i dem. Detta har bl. a kommit till uttryck i en obligatorisk regel i art. 8 i förslaget till EG-varumärkesförordning[13] och i en fakultativ bestämmelse i harmoniseringsdirektivet.[14]

Vilka tendenser som här kommer att dominera är svårt att säga. Det förefaller dock inte osannolikt att de som är verksamma på området för framtiden skall ställa in sig på en på ökad grad av

[6] Jfr SOU 1958:10 s. 176 ff.
[7] Jfr Koktvedgaard, M./Levin, M. a. a. s. 287 f. samt även Pehrson, L., Varumärken från konsumentsynpunkt (1981) s. 267.
[8] 1960:644.
[9] Prop. 1960:167 s. 149; samt vidare härom Levin, M. a. a. s. 62 f.
[10] Se även NJA 1990 s. 469 — SILVA.
[11] Se t. ex. klass 28 med såväl sportartiklar som julgransprydnader.
[12] Om en hel klass skall blockeras under femårsfristen för endast formalregistrerade märken återstår att se.
[13] Se Consolidated text of a Council Regulation on the Community Trade Mark No. 5865/88 (May 11, 1988).
[14] Se vidare strax nedan.

flexibilitet i bedömningen från fall till fall. Detta är kanske idag inte heller så avskräckande som det hittills kan ha förefallit, bl. a. på grund av ökade möjligheter att använda marknadsundersökningar som bevismedel.

Sådana är ju inte begränsade till att endast kunna visa på märkens notoritet, dvs. inarbetning eller ej. De skulle även i högre grad kunna utnyttjas såväl i påstådda intrångssituationer som i invändningsförfarande för att t. ex. visa på hur konsumenter uppfattar likhet, förväxlingsbarhet, samröre mellan angivna kommersiella ursprung, etc.[15]

I sammanhanget bör det för övrigt över huvud taget framhållas att inte minst när det gäller varumärken kommer den ökade användningen av datorer och datorbaserade skapande, bearbetande och analyserande system att få stor betydelse under de kommande åren. Det gäller både för att undersöka eventuella hinder för varumärkesanvändning (risk för intrång) och för att skapa nya varumärken i anslutning till existerande märken, men också för att bedöma reella förväxlingsrisker mellan liknande märken.

Varumärkesrättens räckvidd

En näringsidkare kan åtnjuta ensamrätt till en symbol. som tjänar att särskilja hans varor från andras på marknaden, 1 § VML. Enligt 6 § samma lag är varukännetecken i normalfallet dock endast förväxlingsbara, om de avser varor av samma eller liknande slag. Denna varumärkeslagstiftningens specialitetsprincip har hittills endast undantagsvis kunnat brytas.

Det har då främst gällt om ett kännetecken varit synnerligen starkt inarbetat och dessutom känt inom vida kretsar av den svenska allmänheten, och en annans användning av det kända märket skulle innebära ett otillbörligt utnyttjande av det kända märkets goodwill, 6 § 2 st. a) VML, den s. k. Kodakregeln.[16]

I siffror har gällande krav i praktiken inneburit att 80–90 % av omsättningskretsen skulle känna till märket, som därtill skulle ha en generell notoritet om 20–25 %.[17] Dessutom har varumärkesskydd utöver varuslagslikhetsgränserna endast undantagsvis ansett kunna sträcka sig till alla varuslag.[18] Det är risken för en för-

[15] En mycket extensiv användning av marknadsundersökningar sker t. ex. i amerikanska varumärkesprocesser, där sådana kommit att ses som mer eller mindre ett obligatorium, åtminstone för större företag.

[16] Beträffande benämningens ursprung se vidare Levin, M. a. a. s. 71 f. samt angående praxis enligt regeln s. 81 ff.

[17] Enligt de av Stockholms Handelskammares varumärkesnämnd tillämpade notoritetsintervallen.

[18] SOU 1958:10 s. 137.

växlingsfara i vidsträckt bemärkelse med ett starkt varumärke som stått i förgrunden för bestämmelsens utformning.[19]

I samband med anpassningen av den svenska varumärkesrätten till EGs varumärkesdirektiv på grund av EES-avtalet skall fortsättningsvis enligt 6 § 2 st. VML ett ”väl ansett” kännetecken åtnjuta skydd också utanför området för varuslagslikhet:[20]

> ”Förväxlingsbarhet kan även åberopas till förmån för ett kännetecken som är väl ansett här i landet, om användningen av ett liknande kännetecken skulle dra otillbörlig fördel av eller skulle vara till förfång för det väl ansedda kännetecknets särskiljningsförmåga eller anseende.”

Regeln aktualiseras alltså både i det fall att någon drar otillbörlig fördel av det väl ansedda märket — snyltning — och att utnyttjandet av ett identiskt eller liknande märke skulle vara till förfång för det väl ansedda märket. Sådan skada kan t. ex. uppstå genom ett förringande eller en försvagning av det väl ansedda märkets goodwill (urvattning) eller genom en risk för att allmänheten vilseleds beträffande det kommersiella ursprunget i vid bemärkelse, t. ex. att det uppfattas finnas något slags förbindelse mellan två kommersiella ursprung. Därmed har också den tidigare ”råttgiftsregeln” i 6 § 2 st. b) VML konsumerats av det nya kriterierna. Den nya 6 § 2 st. VML ansluter till den fakultativa bestämmelsen i direktivets art. 5.2.[21]

Den nya regeln, som primärt inspirerats av art. 13 A i den harmoniserade beneluxiska varumärkeslagen,[22] innebär påtagliga förändringar av det hittillsvarande varumärkesskyddet. Det ställs inte längre några särskilt högt kvalificerade krav på marknadspenetration, såsom att märket måste vara känt av praktiskt taget varje person i omsättningskretsen och att det dessutom skall vara känt bland allmänheten.

De högt upptrissade kriterierna för Kodakskydd, som nu ändras, har återkommande kritiserats. Liknande bestämmelser som de svenska har funnits i de nordiska grannländerna. För danskt vidkommande har dock den skillnaden gällt att om skada väl ansetts föreligga, man inte tagit lika rigoröst på de stränga inarbetningskraven.[23] I stället träder i dansk, liksom i norsk, rätt renommésnyltningsaspekten i förgrunden.[24]

[19] Jfr SOU 1958:10 s. 137, 258.
[20] Se vidare Lagrådsremiss den 10 september 1992 beträffande ändringar i immaterialrätten på grund av EES-avtalet.
[21] Jfr även registreringshindren i art. 4, här närmare bestämt art. 4.4.a.
[22] Konventionen från 1962 trädde i kraft 1975.
[23] Se t. ex. nedan beträffande fallet ”Shit og Chanel”.
[24] Se Levin, M. a. a. s. 81.

Beträffande de mycket kända märkena — vilka hittills endast kommit i fråga för det utvidgade skyddet — är det svårt att tänka sig att annans användning av ett identiskt eller mycket liknande märke inte också skulle innebära en risk för urvattning,[25] så länge omsättningskretsen för de båda märkena är sammanfallande. Detta är emellertid inte lika självklart när endast ”anseende” krävs, som inte nödvändigtvis är detsamma som en viss grad av inarbetning.

Därmed kommer i stället, vid sidan om snyltning, just risken för skada på ett märke med anseende i det enskilda fallet att skjutas i förgrunden för bedömningen.[26] I praktiken är det visserligen säkert så att ett märke måste vara ”inarbetat” — vad man nu vill lägga i det begreppet — för att en goodwillskada eller en förväxlingsrisk över huvud taget skall kunna uppkomma. Men det är i grunden allt som framöver krävs för skydd också utanför varuslagslikheten.

Slutligen skall uppmärksammas att Kodakregeln i 6 § 2 st. a) VML talar visserligen om ”ett liknande märke”. Även om praxis i några fall sviktat,[27] har utgångspunkten dock hittills varit att märkena måste vara så gott som identiska för att ett varumärkesintrång utanför varuslagslikhetsgränserna skall anses föreligga.[28]

Vad gäller den nya Kodakregeln framgår uttryckligen av direktivet att det kan vara fråga om såväl ett identiskt som ett ”liknande märke” som snyltar på det äldre märket eller är till förfång för detta. Tyngdpunkten blir därmed snarare snyltningen eller förfånget än identiteten. Eftersom någon skillnad mot varuslagslikhet generellt inte torde vara åsyftad vad gäller det utvidgade varumärkesskyddet, blir ansatsen vidare än enligt den gamla regeln.

Snålskjutssyndromet

Den som lyckats etablera ett kännetecken på marknaden, måste fortsatt vårda sig om detta. Den som ser ett väl etablerat märke på marknaden, kan inte låta bli att attraheras av detta. Behöver han själv ett märke, kan han lätt — medvetet eller omedvetet — komma att söka närma sig det som redan visat sig fungera över genomsnittet.

Det här är inte något gammalt kinesiskt ordspråk, utan en högst påtaglig västerländsk ekonomisk realitet. Att brett lansera nya mär-

[25] Se Koktvedgaard, M., Immaterialretspositioner (1965) s. 217.
[26] Varumärkes- och firmautredningen fann på sin tid det olämpligt på grund av bl. a. bevissvårigheter att göra bestämmelsen om skydd utöver varuslagslikhetsgränserna beroende av ett särskilt skaderekvisit, se SOU 1958:10 s. 258.
[27] Se Svea hovrätt 24.5.1991, ej rättskraftigt; prövningstillstånd meddelat — FRISKIS OCH SVETTIS/SKAKIS OCH BAKIS, GRUR Int. 1992 s. 557 med kommentar av Sandart.
[28] Se SOU 1958:10 s. 259.

kesvaror kan idag kosta i det närmaste astronomiska belopp,[29] och i valet av rätt varumärke kanske hela chansen till ett marknadsinträde ligger. Märket, med den image detta förmedlar, kan utgöra den helt avgörande faktorn för att över huvud taget få ut varor till konsumentledet, hur bra de än må vara.

Med tanke på bristen på bra och slagkraftiga märken, och med tanke på de stora kostnader som är förbundna med lanseringen av nya produkter, är det inte heller att undra på att en del näringsidkare söker lägga sig tämligen nära redan väl etablerade märken, gärna inom andra branscher så att intrångsrisken minskar. Hittills har det ju också varit så att bara man hållit tassarna borta från Kodakmärkena, har utnyttjandet i princip gått bra — om inte rättgiftsregeln aktualiserats.

Denna typ av tillägnande av andras idéer och insatser har alltså kunnat betraktas som en viss riskeliminering. Man har tagit det säkra för det osäkra och kanske kunnat spara på eller underlätta marknadsinsatserna. Kanske har det också gått att spela på associationer och få ökad uppmärksamhet — och med ett tillägg av humor dessutom, har kampanjen måhända kammat hem en dubbelvinst.

Det är mot den här bakgrunden som ett ökande antal av en ny typ varumärkesprocesser på senare år skall ses, vilka kanske närmast kan rubriceras som ”varumärkesparodier”. De har förekommit i såväl nordisk som bl. a. amerikansk[30] och tysk rätt[31] med varierande utgång för rättsinnehavarna.

Någon ”leker” med ett varumärke som tillhör en annan och använder det för egen del i sin marknadsföring. Problemet är huruvida ett sådant utnyttjande skall anses som varumärkesintrång, antingen man nu tillämpar en primär förväxlingsteori, en urvattningsteori eller bådadera såsom en grund för det varumärkesrättsliga skyddet. I nära anslutning till detta ligger också det konkurrensrättsliga skyddet, som bl. a. kan anföras mot s. k. renommésnyltning.

Parodier i upphovsrätten

Parodin är på en gång en bearbetning och ett kreativt uttryckssätt. Inom upphovsrätten gäller traditionellt att utan uttryckligt lagstöd får man ändå tåla parodier och travestier, satirer m. m. Det gäller i förhållande till såväl 2 och 3 §§ upphovsrättslagen[32] (URL) som i

[29] Se Uggla, C. i NIR 1988 s. 521 ff. (523).
[30] Se Grünberger, J. i GRUR Int. 1992 s 425 ff., Shaughnessy i 77 TMR (1987) s. 177 ff. och Tasker, T. i 77 TMR (1987) s. 216 ff.
[31] Se Kur, A. i NIR 1986 s. 134 ff (138 f.).
[32] 1960:729.

förhållande till 51 §, i den mån den sistnämnda fortfarande har relevans.[33] Att sådana har gammal hävd framhölls uttryckligen i förarbetena.[34]

Grunden härför kan vara att syftet inte är att dra fördel av upphovsmannens verk och i någon mening tillgodogöra sig detta ekonomiskt.[35] Men det kan naturligtvis också vara så att den ursprungliga upphovsrätten inte kan anses täcka det parodierande verket. Detta är en ny skapelse med en egen upphovsrätt,[36] se 4 § 2 st. URL.

Kan inte någon av dessa grunder åberopas är det fråga om ett intrång i upphovsrätten. Därmed kan parodier indelas i tre kategorier: självständiga verk, (självständiga) bearbetningar och otillåtna användningar av ett verk.[37]

I modern svensk upphovsrättslig praxis har frågan om parodi endast bedömts en gång.[38] En grammofoninspelning med Hugo Alfvéns melodi till Sveriges flagga med Ossiannilsons sångtext hade, bortsett från första raden, ändrats till en dagspolitisk vers. Den nya texten ansågs göra intrång i både Alfvéns och Ossiannilsons ideella rätt, trots invändning om parodiskt eller travesterande syfte. Någon avsikt att dra löje över originalverket hade inte förelegat.

Det som skiljer (beroende) bearbetningar i 4 § 1 st. URL från (oberoende) nya verk enligt 4 § 2 st. är att bearbetningen lämnar originalverkets individualitet — dess inre form — oförändrad.[39] I förarbetena framhålls att vad särskilt gäller parodier m. m. gäller att sådana visserligen är mycket närgångna och kanske följer förebilden i långa stycken ord för ord. Ändå har det alltid ansetts att travestier är självständiga verk och inte bearbetningar. Avgörande är att travestin har ett helt annat syfte än bearbetningen. Det är inte fråga om att nå en effekt av liknande slag som förebildens/originalets. Syftet är i stället ett annat än dettas.[40]

Det syfte som avses är att framkalla skratt och roa, utan att för den sakens skull skada originalet eller dess upphovsman. Häri torde också ligga att parodin inte får vara förväxlingsbar med originalverket, eftersom den avsedda effekten då går förlorad. Om

[33] Jfr Koktvedgaard/Levin a.a. s. 125 f. Det har dock ifrågasatts om 51 § över huvud taget kan komma i fråga vad gäller parodi, se Delin, L. i NIR 1959 s. 234 ff. (s. 243 f.).
[34] Se SOU 1956:25 s. 124. Jfr. härtill Knoph, R.: Åndsretten (1936) s. 90, Delin, L. i NIR 1959 s. 234 ff., Françon, A. i DA 1988 s. 302 samt Rosén, J. i NIR 1990 s. 600 ff. och Ålund, M. i NIR 1992 s. 101 ff.
[35] Knoph, R. ibid.
[36] Se Lund, T.: Biledkunsten i retlig belysning (1944) s. 157.
[37] Jfr Delin, L. i NIR 1959 s. 242 ff.
[38] Se NJA 1975 s. 679, NIR 1976 s. 325.
[39] Se SOU 1956:25 s. 136.
[40] SOU 1956:25 s. 137.

dessa kriterier torde det råda tämligen stor internationell samstämmighet, oavsett om ett undantag för parodier m. m. är uttryckligt eller inte.[41]

Är endast likhet med originalverket eftersträvad, är det inte fråga om en parodi, utan ett intrång. Över huvud taget får anses att utrymmet för parodierande eller travesterande framställningar av upphovsrättsligt skyddade verk är förhållandevis begränsat.[42] Något bra försvar för en intrångsgörare, annat än i uppenbara fall, kan parodiargumentet alltså inte utgöra.

Parodier i varumärkesrätten

Den äkta varumärkesparodin karaktäriseras av att den innefattar några igenkännbara egenskaper hos det ursprungliga kännetecknet, medan den ändrar andra i syfte att driva med detta och uppnå en humoristisk, provokativ effekt.[43] En förutsättning för att en sådan effekt över huvud taget skall uppnås torde då vara att det märke som parodieras är tämligen känt i den krets man vänder sig till med det parodierande märket. Annars går det lustiga förlorat.[44] Beroende på varuslaget/målgruppen bör det alltså röra sig om de mest kända märkena, om man vänder sig till en bredare publik. Parodier på statusmärken med en smalare räckvidd är emellertid också fullt tänkbara.

Bland de mer flagranta exemplen på varumärkesparodier som förekommit i Sverige under senare år märks dels Adamssons kampanj för kondomer som alluderade på cigarettmärken, dels ett antal benämningar som lekt med fitnessföretaget FRISKIS och SVETTIS namn och logotype.

I Adamssonfallet hade en kampanj byggts upp, där kondomförpackningar gjordes inspirerade av MARLBORO-, BLEND-, GITANE- OCH SALEM-förpackningar. Kampanjen genererade två rättsavgöranden, ett i marknadsdomstolen beträffande MARLBORO och ett i Svea hovrätt beträffande BLEND.[45]

Ett antal reklamaktiviteter som knutit an till ABSOLUT har också kunnat skådas.[46] Bland de mer uppmärksammade var när ett bryggeri gick ut med en kampanjannonsering för ÅBRO öl med en avbildad ölflaska och texten ABSOLUT ORIGINAL. KLASS I. Bryggeriet tvingades inför hotet om stämning att i annonser gå ut

[41] Jfr Ålunds sammanställning av utländsk rätt i detta avseende i NIR 1992 s. 110 f. Betr. tidigare utländsk uppfattning se Delin, L. i NIR 1959 s. 234 ff. (236 f.).
[42] Se Rosén, J. i NIR 1990 s. 600 ff. (605).
[43] Se Shaughnessey, R.J. i 77 TMR 1987 s. 177 f. med hänvisningar.
[44] Jfr även Pehrson, L. i NIR 1989 s. 522 f. (533).
[45] Se vidare om dessa nedan.
[46] Se t. ex. Brand News 7/1992 s. 18.

och be Vin & Sprit om ursäkt samt att betala skadestånd.[47] Systembolaget har vidare stämt sportaffären SYSTEM ETT i Stockholm för att ha gjort intrång i bolagets inarbetade näringskännetecken SYSTEMET samt dess butiksskylt genom användningen av SYSTEMETT i logotype.[48]

Huruvida det svenska avgörandet om 4711/4712[49] eller cykelsloganen i Danmark om ”pedalatleternas Rolls Royce”[50] eller NKs annonsering om ”... Wolford, Strumpornas Rolls Royce”[51] skall hänföras till varumärkesparodier kan vara osagt. Till sådant som förekommit hör också att varumärket TABASCO under det senaste året använts i skilda sammanhang för att framhäva produkters styrka (krydda) och kvalitet, bl. a. av APPLE, VOLVO och CITROËN.[52] De sistnämnda exemplen är kanske inte direkt varumärkesparodier, men representerar ändå företeelser som ligger nära dessa.

Syftet från den varumärkesparodierandes sida är i grunden dubbelt. Han vill visserligen underhålla, men gör det på annans bekostnad och i akt och mening att själv också dra ekonomisk nytta av det etablerade märket. Oavsett om det egna märket också är känt eller inte, handlar det från kommersiell synpunkt om ett slags renommésnyltning, som skiljer varumärkesparodierna från de upphovsrättsliga. I gränsen till varumärkesparodierna återfinns också ett antal mer eller mindre lyckade åberopanden och alluderingar på andras kända kännetecken, där syftet framstår som än mer uppenbart.

Förväxlingsrisk enligt huvudregeln

Det ligger i det grundläggande distinktivitetskravet att varumärken inte får vara förväxlingsbara. Om det tilläts, skulle hela vitsen med den varumärkesrättsliga ensamrätten gå förlorad. Märket skulle inte kunna skilja näringsidkarens varor från andras liknande på marknaden. Ett liknande kännetecken eller en kännetecknensliknande användning, som avser varor av samma eller liknande slag, gör därför intrång enligt huvudregeln om förväxlingsrisk, oavsett parodi.

Prövas varumärkesparodier på denna grund, torde det dock endast vara ett fåtal som verkligen leder till en förväxlingsrisk i ens vidsträckt bemärkelse. Om den parodierande vill dra kommersiella

47 Brand News 6/1992 s. 6.
48 Brand News 7/1992 s. 10.
49 Göteborgs rådhusR, NIR 1965 s. 273.
50 Exemplet är omnämnt hos Koktvedgaard/Levin a. a. s. 330.
51 Brand News 12/1991 s. 6.
52 Se Brand News 12/1991 s. 7.

växlar på sin parodi, kan nämligen antas att han normalt rör sig på ett annat varuslagsområde än det för det parodierade märket. Dels torde detta som nämnts generellt minska risken för intrång, dels normalt förstärka den komiska effekten. Därtill kommer att parodi inom samma område i de flesta fall antagligen inte är ett bra marknadsföringsinstrument. Risken för förlöjligande av också de egna varorna blir då mer påtaglig. Exempel på liknande varuslag förekommer dock, som i det ovan nämnda fallet med ÅBRO öl.

Det är alltså i grunden ovanligt med förväxlingsfara i parodifallen.[53] Syftet är ett annat. Den parodierande är ingen vanlig pirat. Han vill inte att hans varor skall uppfattas som de med det ursprungliga märket, ofta inte ens att de har samma ursprung. Däremot kan parodin av konsumenterna undantagsvis just missuppfattas på det sättet.

Från amerikansk praxis kan t. ex. tre fall uppmärksammas, där varumärkesparodier fällts enligt huvudbestämmelsen i § 32 (1) Lanham Act. Domstolarna har funnit att det trots allt förelegat en förväxlingsrisk mellan de parodierande och de parodierade varornas ursprung.

Det har då gällt beträffande en affisch, på vilken det var skrivet med COCA-COLA:s typiska skrivstil ”Enjoy Cocaine”;[54] beträffande ett blöjpaket vilket var dekorerat med GUCCI:s karaktäristiska färgband och försett med texten ”GucciGoo”;[55] samt beträffande ett företag, som bl. a. marknadsförde sjungande telegram, och vars medarbetare ”Superstud” uppträdde i en kostymering som i mycket liknade Stålmannens (”Superman”), varvid även en slogan användes: ”Skicka Stålmannen att hämta Din vän vid flygplatsen”.[56]

I det första fallet befanns risk föreligga för att COCA-COLA-företaget uppfattades som affischens avsändare. Möjligtvis har detta att göra med att COCA-COLA i tidernas begynnelse påståtts innehålla cocain(?) En annan rimlig förklaring är COCA-COLA-märkets otroliga genomslagskraft, som sannolikt leder till vidare associationer än normalt. I de två andra fallen fann domstolarna att konsumenterna kunde vilseledas att tro att det fanns något slags förbindelse mellan de ursprungliga företagen och de företag som lekt med dessas varumärken.

Inget av dessa fall överensstämmer dock med den grundläggande förväxlingsregeln enligt svensk rätt (kläder, skor m. m./blöjor samt seriefigur, film m. m./telegramtjänster). Fallen får därför snarast ses som ett utflöde av Kodakdoktrinen i ameri-

[53] Jfr härtill även Pehrson, L. i NIR 1989 s. 522 ff. (532 f.).
[54] Coca-Cola Comp. v. Gemini Rising, Inc., 175 USPQ s. 56 (E.D.N.Y. 1992).
[55] Gucci Shops v. Macy Company, 446 F. Supp. s 838 (S.D.N.Y. 1977).
[56] D.C. Comics v. Unlimited Monkey Business, 224 USPQ s. 437 (N.D. Ga. 1984).

kansk tappning, eller som ett marknadsrättsligt problem om vilseledande beträffande kommersiellt ursprung.[57] I COCA-COLA-fallet kan vidare ifrågasättas om affischmakarens (i och för sig lagstridiga) förfarande enligt ett svenskt synsätt över huvud taget skulle ha ansetts som just varumärkesanvändning.

Varuslagslikhet var det däremot fråga om i Tyskland, där SUPERMEIER (för serietidningar) godtogs som varumärke trots förståeliga invändningar av innehavaren till SUPERMAN.[58] Likheten med det parodierade märket förstärktes av att benämningen SUPERMEIER var beledsagad av en silhuettfigur föreställande en komisk liten flygande man med stor näsa.

Snyltningsavsikten, att leka med och dra fördel av SUPERMAN, förefaller helt klar och även ordbilden får anses vara lik. Däremot saknades överensstämmelse mellan synbilderna. Föreställningsbilden var naturligtvis i sig olika. Men genom att ändå associationen till ursprungsmärket uppstår, kan även likhet i detta avseende diskuteras. Det är inte givet att ett svenskt avgörande i samma sak hade utfallit som i Tyskland, bl. a. på grund av ursprungsmärkets höga notoritet.

Litet förvånande är kanske också det danska avgörandet beträffande några vänliga krokodiler som användes vid marknadsföringen av Mancost Sportswear/Mancost Denmark. Sø- og handelsretten dömde visserligen svaranden att avstå från ”Mancost”/”Mancost Sportswear” vid marknadsföring, men hans krokodilmärke fick bestå.[59] De vänliga krokodilerna befanns inte vara förväxlingsbara med (LACOSTE:s) alligatorer, trots att många konsumenter får antas ha gjort den kopplingen. LACOSTE har för övrigt varit utsatta för diverse parodier, t. ex. en krokodiltröja med texten LA KOTZ (spyan) och små kopulerande alligatorer, för att nämna några.

Urvattning/skada

Som ytterligare utflöden av en tillämpning av Kodakdoktrinen i amerikansk rätt finns ett ansenligt antal avgöranden, där domstolarna har funnit att varumärkesparodier stått i strid med Lanham Act.[60] Det har dock inte funnits någon förväxlingsfara ens i vidsträckt bemärkelse. Det utnyttjade märket har i stället ansetts utsatt för urvattningsrisk, antingen på grund av skada på goodwill eller utnyttjande av goodwill. Som ett exempel på det första kan nämnas

[57] Jfr därom vidare nedan.
[58] BPG, GRUR 1989 s. 286. (”Meier” motsvarar ungefär ”Svensson”.)
[59] SH 20.10.1987, NIR 1990 s. 250.
[60] Se vidare Grünberger, GRUR Int. 1992 s. 425 ff. (426 f.)

det tämligen grova parodierandet på Kålungedockor, ett tuggummiföretag marknadsförde ”Garbage Pail Kids”.[61]

Medan varumärkesparodier alltså endast undantagsvis kan anses leda till ursprungsförväxling, förhåller det sig annorlunda med skaderisken med avseende på urvattning. Avses inte varor av samma eller liknande slag, kan det lika fullt vara fråga om ett varumärkesintrång. Det gällde redan tidigare enligt den sparsmakade Kodakregeln, och det gäller i än högre grad enligt det nya skyddet för väl ansedda kännetecken. I och för sig kan det kanske till och med hävdas att så snart ett starkt märke utnyttjas av annan, föreligger det en snyltningsavsikt och en urvattningsrisk[62] — om det inte finns särskilda omständigheter som skulle kunna åberopas till försvar för den aktuella användningen.[63]

I samband med Adamssons kondomkampanj fastställde Svea hovrätt Stockholms tingsrätts fällande dom.[64] Adamssons hade gjort intrång i BLEND:s utstyrsel, och framför allt då i BLEND-symbolen i form av en sol, som återfanns på båda förpackningarna. BLEND-förpackningen ansågs vara ett Kodakmärke och Adamsson drog otillbörlig nytta av BLEND:s goodwill.

Från dansk praxis kan nämnas fallet SHIT OG CHANEL NO 5.[65] En musik- och sånggrupp, som kallade sig ”Shit og Chanel”, lät ge ut en grammofonskiva, ”Shit og Chanel No 5”. Chanel S.A., innehavare av varumärket Chanel och Chanel No 5, stämde för bl. a. varumärkesintrång och åberopade § 6 st. 2 varemærkeloven.

Sø- og handelsretten uttalade bl. a. att kärandens märke, CHANEL No 5, obestridligt var så starkt inarbetat att förutsättningarna för Kodakskydd var uppfyllda samt att svaranden använt ett liknande märke. Eftersom användningen av det liknande märket innebar ett otillbörligt utnyttjande av den kända märkets värde (goodwill) var Chanelbolagets varumärkesrätt kränkt.

I fallet FRISKIS OCH SVETTIS/SKAKIS OCH BAKIS har Svea hovrätt funnit att varumärket FRISKIS OCH SVETTIS för träningscenter blivit otillbörligt utnyttjat genom en nattklubbs användning av beteckningen ”SKAKIS OCH BAKIS”.[66] Avgörandet, som dock inte är rättskraftigt,[67] träffades på grund av Kodakregeln i 6 § 2 st. a) VML och torde generellt vara en tänjning av de principer som hittills ansetts gällande för Kodakskydd.

[61] Original Appalachian Artworks v. Topps Chewing Gum, 642 F. Supp. s. 1031 (N.D.Ga 1986).
[62] Se Koktvedgaard, M., Immaterialretspositioner s. 117.
[63] Jfr. Bergström i NIR 1975 s. 176.
[64] Svea hovrätt 24.6.1987, NIR 1989 s. 82 – BLEND.
[65] UfR 1981 s. 1024 (SH), se vidare om fallet, Levin M. a. a. s. 83, 91 och 93.
[66] Dom den 24 maj 1991, GRUR Int. 1992 s. 557 med kommentar av Sandart.
[67] Prövningstillstånd har meddelats. Huvudförhandling i HD 28.10.1992.

Det är visserligen inte otänkbart att SKAKIS OCH BAKIS ger en association till FRISKIS och SVETTIS, som bevisligen är ett Kodakmärke. Formellt sett får dock avstånden mellan verksamheterna och olikheten mellan märkenas såväl ljud- och synbild som föreställningsbild tala mot ett intrång enligt Kodakregeln i 1960 års lag.[68] En motsvarande likhet uppvisar då nämligen varje märkesbildning med ....IS och ....IS, t. ex. Tokis och Klokis för bokhandel(?), eller vad man nu kan komma på. Endast en rytm och ordändelser kan dock inte ge utklamrande ensamrätt i förhållande till alla märken som har samma rytm.

Även om en association finns i rytmen, och denna varit avsiktlig, är det inte fråga om identiska eller liknande kännetecken i varumärkesrättslig mening. Därtill kommer det högst osannolika att någon skada uppstått. Det kan knappast vara tal om urvattning av FRISKIS och SVETTIS. Det finns säkert heller ingen som riskerar att knyta samman de bägge företagen, ens perifert. Därmed bortfaller också snyltningsavsikten. För utgången i detta fall skulle det inte heller spela någon roll, om det var den gamla Kodakregeln eller den nya om väl ansedda märken som tillämpades.

Den nya europeiska Kodakregeln torde dock få stor betydelse för andra framtida fall av varumärkesparodier. Det beror dels på det lättade notoritetskravet, dels på att skaderekvisitet inte skall kumuleras ovanpå två notoritetskriterier, utan snyltning i sig är tillräcklig intrångsgrund. Skyddet kan utsträckas så långt snyltning eller skada är sannolik. Åtskilligt fler fall än dagens torde därför hädanefter kommas åt med regeln i 6 § 2 st. VML.

Konkurrensrätten

Det ovan berörda BLEND-avgörandet kan jämföras med MD 1985:11. Marknadsdomstolen fann att Adamssons användning av en kondomförpackning i nära anslutning till MARLBORO:s förpackningsutstyrsel inte var sådan renommésnyltning, som omtalas i förarbetena till marknadsföringslagen.[69] Att konsumenterna skulle vilseledas beträffande det kommersiella ursprunget var inte åberopat i målet.

I Tyskland har MORDORO kunnat användas i en anti-rökkampanj, utan intrång i rätten till MARLBORO. I Österrike har däre-

[68] Det skall uppmärksammas att målet i hovrätten inte rörde logotypen. Intrång i denna hade vitsordats i tingsrätten och en ekonomisk uppgörelse träffats.

[69] Departementschefen betonade i sammanhanget särskilt den konsumentskyddande aspekten i att upprätthålla ett renommésnyltningsskydd inom ramen för generalklausulen i marknadsföringslagen, se prop. 1970:57 s. 71 f.

mot den högsta instansen förbjudit en antirökkampanj med sloganen ”Bara en kamel går miltals för en cigarett”.[70]

Från tysk praxis kan också anföras (ett ännu inte rättskraftigt) fall med kondomförpackningar, MARS,[71] samt LUSTHANSA-[72] och BMW-fallen.[73]

I BMW-fallet handlade det om ett företag som producerade skämtartiklar. Detta hade tillverkat en dekal med ”BMW — Bums Mal Wieder”.[74] BMW, som förde talan mot den allmänna kränkningen av företagets personlighetsrätt, hade framgång i appellationsdomstolen. Den tyska högsta domstolen (BGH) lämnade däremot BMW:s talan utan bifall. Det ansågs nämligen inte att BMW:s anseende som arbetsgivare eller som näringsidkare blivit angripet. BGH utförde vidare att varken varumärkesrättsligt eller konkurrensrättsligt skydd kunde aktualiseras i den förevarande situationen.

Varumärkesrätten föll på att det inte framstod som att skämtartiklarna stammade från BMW. Konkurrensrätten förkastades, eftersom de ifrågavarande företagen inte hade någon konkurrensrelation och skämtartikelföretaget hade varken snyltat på BMW:s produkter för att marknadsföra sina egna eller stört BMW:s avsättning av produkter.[75]

Såväl motiveringen i det svenska MARLBORO-fallet som i det tyska BMW-fallet kan ifrågasättas mot bakgrund av regler om illojal konkurrens.[76] I bägge var det väl just fråga om en närgången snyltning på annans kända kännetecken i syfte att underlätta den egna marknadsföringen. Denna kan också ha stört originalmärket genom att riskera att dra ett löjets skimmer över detta. I båda fallen rörde det sig ju om mycket prestigefyllda märken med en klart profilerad image. Utgången var därför högst otillfredsställande för märkesinnehavarna.

Här får dock den nya europeiska Kodakregeln anses flytta på positionerna. Under förutsättning av identitet eller likhet med ett väl ansett kännetecken, är snyltning i sig en tillräcklig grund för varumärkesintrång.

Slutligen skall också påminnas om den fällande domen i MD 1987:11. Det italienska designföretaget Giorgio Armani ansökte

[70] BGH, NJW 1984 s. 1956 respektive OGH, GRUR Int. 1989 s. 326; bägge citerade fr. Kur, A. i IIC 1992 s 485 ff. (s. 500).
[71] OLG Bremen (Az 2 U 88/91).
[72] LG Wiesbaden och OLG Frankfurt, NJW 1982 s. 648 respektive 649.
[73] BGH, GRUR 1986 s. 759.
[74] Som närmast kan översättas med ”knulla en gång till”.
[75] Se vidare om fallet, Kur, A. i NIR 1988 s. 134 ff (138 f.).
[76] Jfr även till MD 1985:11 motiveringen i MD 1988:19, NIR 1989 s. 108 — GLOBEN samt till BGH 3.6.1986, GRUR 1986 s. 759 Kurs kommentar i NIR 1988 s. 139 med hänvisningar.

om förbud i marknadsdomstolen mot Kapp-Ahls annons med rubriken ”ARMA NI” (som köper dyra italienska modekläder ...). Den i och för sig ganska vitsiga annonsen, som både utnyttjade ARMANI-namnet och nedvärderade detta, fälldes som en vilseledande jämförelse.

Yttrandefrihet i varumärkesrätten?

En ytterligare komplicerande faktor för varumärkesinnehavarna skulle yttrandefrihetens gränser kunna utgöra. Som ovan framgått får upphovsmän världen över tåla att deras verk parodieras, travesteras, etc. I USA baseras detta på Fair Use-doktrinen, och motsvarande lagtillämpning finns också runt om i Europa.[77] En sådan respektlös behandling, med annat syfte än det ursprungliga, anses som ett självklart tillåtet uttryck för yttrandefriheten.

Gäller då — eller borde då gälla — samma rätt beträffande varumärken? Och hur långtgående kan i så fall ett skydd mot parodiering av varumärken åberopas i förhållande till yttrandefriheten?

I USA har vissa författare framhållits att det borde finnas ett visst utrymme för sådana balanserade överväganden också inom varumärkesrätten, dock med hänsyn tagen till varumärkesparodins syfte och effekt.[78] Andra har uttalat sig mer kategoriskt emot en i varumärkesrätten liknande tillämpning som i upphovsrätten av yttrandefrihetsrättsliga principer. Härför talar varumärkesrättens syften. De är främst att skydda märkesinnehavarens kommersiella värden på marknaden[79] och att skydda konsumenterna från att bli vilseledda.

Upphovsrättens syften är andra och mera vidsträckta.[80] Därtill kommer att det för parodin inom upphovsrätten i princip blir fråga om ett nytt verk. Varumärket förblir samma eller liknande, och det används i ett likartat syfte som det parodierade märket, vid marknadsföring av varor. Därmed finns föga utrymme för undantag från varumärkesskyddet på grund av parodi.

Slutsatser

Varumärkesparodin skiljer sig från den upphovsrättsliga parodin eller travesteringen på några väsentliga punkter. Utifrån det varumärkesrättsliga synsättet utgör ett märke som ligger tämligen nära ett annat — oavsett humoristiska effekter — ett ”liknande märke”.

77 Se Rosén i NIR 1990 s. 600 ff. samt ovan.
78 Se Shaughnessey, R. J. a. a. s. 288 ff. samt Tasker, T. 77 i TMR 1987 s. 216 ff.
79 Se Tasker, T. i 77 TMR (1987) s. 216 ff. (230).
80 Jfr också 2 kap. 19 § regeringsformen.

Det utrymme som finns för bearbetningar av varumärken i parallellitet med 4 § 2 st. URL förutsätter att märket inte längre är liknande. Men då torde sannolikt också parodieffekten i flertalet fall gå förlorad.

Med den nya Kodakregeln kvarstår som tillåtet för det första sådant, där märkeslikheten eliminerats, men det ändå finns kvar ett associativt element. Målet FRISKIS OCH SVETTIS/BAKIS OCH SKAKIS torde kunna utgöra exempel på detta. Sådana tillfällen förefaller dock att vara högst begränsade.

Den andra möjligheten att undkomma en intrångssituation är beträffande sådant som över huvud taget inte utgör varumärkesanvändning. Utgör parodin ingen varumärkesanvändning, bör den normalt gå fri.[81] Det är en annan sak att det ändå inte alltid är så lätt att dra gränsen till vad som är varumärkesanvändning och vad som inte är det.

ARMANI hade knappast klarat den gamla Kodakregelns notoritetskrav, men väl den nya. Däremot är det väl trots varuslagslikheten tveksamt om annonseringen skulle anses som varumärkesanvändning. Det blir därför en intressant fråga om det nya Kodakskyddet i en snyltningssituation kan tillämpas längre gående än det normala varumärkesskyddet .[82]

Enligt den europeiska praxis, som vid sidan om svensk i framtiden skall läggas till grund för bedömningen av varumärkesintrång,[83] kan skyddet mot skada på väl ansedda märken tänkas få tämligen långtgående räckvidd. Förlagan till regeln i direktivet har som framkommit varit art. 13 A i den uniforma beneluxiska varumärkeslagen. Som ett exempel på hur principen om ett utvidgat varumärkesskydd har kommit till uttryck enligt den bestämmelsen kan nämnas att en COCA-COLA-flaska som ”verktyg” i en porrfilm ansetts utgöra varumärkesintrång.[84]

Detta var möjligtvis också ett handgripligt exempel på varumärkesparodi. Traditionell varumärkesanvändning, såsom denna uppfattats i vårt land, var det väl dock inte. Här finns alltså anledning att vara uppmärksam på en eventuell utvidgning av detta begrepp, åtminstone vad gäller de allra mest kända märkena.

[81] Jfr NJA 1937 s. 209, NIR 1937 s. 69 — Chalmersringen.
[82] Enligt nuvarande MD-praxis är det kompletterande skyddet mot renommésnyltning högst begränsat.
[83] Jfr EGs varumärkesdirektiv som en beståndsdel i EES-avtalet.
[84] Hof Amsterdam 18.12.1975, GRUR Int. 1980 s. 170 — Alicia; se om fallet vidare Schricker, G. i IIC 1980 s. 172.