

Varumärkesrätten inom EU

– ensamrätten i konflikt med EG:s konkurrensregler och
reglerna om fri rörlighet för varor

Mittuniversitetet Östersund
Rättsvetenskap C
Examensarbete
Författare: Sanna Elfving
Examinator: Kerstin Nordlöf
Handledare: Staffan Ingmanson
HT 2008

Abstract

The single market is one of the underlying ideas of the European Union. Free movement of goods and efficient competition are central for the function of the union and are therefore carefully protected by the Treaty of Rome. Exclusive rights of trademarks in the EU can be seen as a method of dividing the common market, preventing the free movement of goods and to be anti-competitive. What comes out of this is that there is a conflict between exclusive rights of trademarks and the rules of both free movement of goods and competition. The aim of this work is to see in which kind of situations the exclusive rights of trademarks can be a part of this conflict but also to study how this problem is resolved by the European Court. In conclusion, this thesis shows that an exclusive right of trademark is not by itself incompatible with the rules of free movement of goods and competition law. On the contrary; Europe needs strong industrial property rights to protect its innovations and remain competitive in the global knowledge-based economy of today. What comes out of this is the importance of finding the right balance between the protection of competition and the free movement of goods on one hand and the protection of trademark rights on the other hand. Nevertheless, trade barriers, anti-competitive agreements and abuse of dominant position are subjects to a rigorous application of the European competitive rules. In fact, they are mostly seen as more imperative than the protection of trademarks.

Key words: trademark, free movements of goods, European competitive law, single market.

Sammanfattning

Den gemensamma marknaden har alltsedan det europeiska samarbetets början varit en grundsten för EU. Genom fri rörlighet, avskaffande av handelshinder och upprättande av en väl fungerande konkurrens är tanken att det ekonomiska välståndet och samarbetet mellan medlemsstaterna ska öka.

Ensamrätt till varumärken kan både användas som ett medel mot konkurrens och ses som ett hinder för varors fria rörlighet. Konflikter kan uppstå när de olika sidorna försöker tillvarata sina respektive intressen och varumärkesskyddet kan i vissa fall kollidera med de grundläggande målen för den gemensamma marknaden.

Syftet med uppsatsen är att visa i vilka situationer som konflikter mellan ensamrätt till varumärken och reglerna om fri rörlighet för varor och EG:s konkurrensregler kan uppstå, och att från rättsliga utgångspunkter redogöra för hur avvägningen av dessa motstridiga intressen har gjorts i EG:s lagstiftning och EG-domstolens praxis.

Uppsatsen visar att det finns en mängd situationer där ensamrätten till varumärken kan komma i konflikt med reglerna för fri rörlighet för varor. Skyddet för fri rörlighet för varor visar sig vara mycket långtgående och ensamrätten till det registrerade varumärket konsumeras (utsläcks) så fort en vara släppts ut på marknaden inom EES. Detta har ansetts nödvändigt eftersom den inre marknaden annars inte skulle kunna fungera på det sätt som är tänkt.

Även om möjligheterna att avskaffa handelshinder visat sig vara långtgående så har jag funnit exempel på hur man från gemenskapens sida har uppmärksammat att dagens kunskapsbaserade ekonomi faktiskt har ett starkare behov av att säkerställa skyddet inte bara för varumärken utan också för immateriella rättigheter i allmänhet. EG-domstolen tycks därför i varje enskilt fall försöka göra en avvägning mellan de motstridiga intressena, så att varumärkesrättens särskilda föremål och konsumentskyddet bibehålls utan att den fria rörligheten för varor hindras.

Situationer där ensamrätten till varumärken kan komma i konflikt med EG:s konkurrensregler är även de många. Samarbeten mellan företag och missbruk av dominerande ställning är strikt förbjudna även om det kan finnas möjligheter till undantag. Företagens ageranden behöver således inte inskränkas om de faktiskt medför fördelar och konkurrensgynnande effekter som överväger skadorna på konkurrensen. Var exakt gränsen går i praktiken för vad en varumärkesinnehavare får göra, t.ex. vad denne kan föreskriva i ett licensavtal, är en besvärlig konkurrensrättslig fråga som kräver avvägningar mellan avtalets positiva och negativa effekter. Rent allmänt kan sägas att samarbeten mellan konkurrenter i s.k. horisontella avtal anses vara mer skadliga för konkurrensen än vertikala avtal. Prissamarbeten och bestämmelser som ger licenstagare förstärkt eller absolut områdesskydd anses i mycket hög utsträckning utgöra en konkurrensbegränsning.

Innehåll

1. Inledning.....	6
1.1 Problembakgrund.....	6
1.2 Syfte.....	6
1.3 Metod.....	7
1.4 Avgränsning.....	7
1.5 Disposition.....	7
2. Ensamrätt till varumärken.....	8
2.1 Historik.....	8
2.2 Samhällsförändringar.....	8
2.3 Ensamrättens innebörd.....	9
2.4 Europeisering av varumärket.....	9
2.4.1 Varumärkesdirektivet.....	10
3. Fri rörlighet för varor.....	11
4. EG: s konkurrensregler.....	13
4.1 Allmänt om EG: s konkurrensregler.....	13
4.2 Artikel 81 i EG-fördraget.....	14
4.2.1 Artikel 81.1.....	14
4.2.2 Artikel 81.2.....	16
4.2.3 Artikel 81.3.....	16
4.3 Artikel 82 i EG-fördraget.....	16
5. Diskussion. Ensamrätten till varumärken och reglerna om fri rörlighet för varor.....	17
5.1 Konsumtion av varumärkesrättigheter.....	17
5.1.1 Parallellimport.....	18
5.1. 2 Regional eller global konsumtion?.....	18
5.1.3 Bevisbördeproblematiken.....	19
5.1.4 När anses varan ha förts ut på marknaden?.....	20
5.2 Varumärkesskyddets omfattning.....	20
5.2.1 Varumärkets särskilda föremål.....	20
5.2.2 Förväxlingsbara kännetecken.....	21
5.2.3 Ompaketering och ommärkning.....	21
5.2.4 Användning av annans kännetecken i reklam.....	22
5.3 Samspel i stället för konflikt.....	22
6. Diskussion. Ensamrätten till varumärken och EG:s konkurrensregler...	24
6.1 Artikel 81 EG-fördraget och ensamrätten till varumärken.....	25
6.1.1 Horisontella avtal.....	25

6.1.2 Vertikala avtal	25
6.2 Missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 EG och ensamrätten till varumärken	28
7. Slutsatser.....	31
7.1 Gränsdragningen mellan ensamrätten till varumärket och skyddet för fri rörlighet för varor	31
7.2 Gränsdragningen mellan ensamrätten till varumärken och.....	32
EG: s konkurrensregler	32
Källförteckning.....	35

1. Inledning

1.1 Problembakgrund

Den gemensamma marknaden är en grundsten för EU och inbegriper bl.a. den inre marknaden som innebär fri rörlighet över gränserna för varor, personer, tjänster och kapital (de fyra friheterna). Genom fri rörlighet och avskaffande av handelshinder är tanken att det ekonomiska välståndet och samarbetet mellan medlemsstaterna ska öka.¹

Även EG:s konkurrensregler fyller en viktig funktion för den inre marknaden. En effektiv konkurrens är av stor vikt på många sätt. Den gynnar konsumenterna genom att varupriserna pressas, kvaliteten höjs och utbudet ökar och bidrar också till en bättre användning av samhällets resurser. Vidare gör den det möjligt för nya företag att komma in på marknaden och stärker företagets förmåga att hävda sig på den internationella marknaden. Följaktligen är en väl fungerande konkurrens av avgörande betydelse för tillväxt och välfärd i samhället.²

Behovet att märka sina varor har förmodligen funnits i alla tider, även om dess betydelse har ökat väsentligt i dagens globala kunskapsbaserade ekonomi och stora informationsflöde. Varumärket som kännetecken har flera olika funktioner. För konsumenterna är varumärket viktigt eftersom det gör det lättare att skilja på specifika varor bland ett stort utbud. Skyddet för industriella rättigheter anses dessutom vara ett viktigt medel för att komma åt förfalskning och piratkopiering.³ Vad beträffar företagen, så är varumärken t.ex. viktiga i reklamsyfte och för att skapa en image. Skyddet för varumärken underlättar dessutom företagande i allmänhet genom att konkurrerande efterbildningar motverkas. Utan möjligheter att skydda varumärket skulle företagen knappast våga satsa några större summor på marknadsföring och produktutveckling.

Konflikter mellan rättsområdena kan uppstå om varumärkets konkurrenshämmande effekt befaras leda till ett snedvridande av konkurrensen. Varumärkesinnehavarens rätt att hindra att någon annan för ut en vara på marknaden under dennes skyddade varumärke kan anses vara ett handelshinder eller en konstlad avskärmning av marknaderna. Mot denna bakgrund kan varumärkesskyddet med andra ord kollidera med de grundläggande målen för den gemensamma marknaden.

1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är dels att visa i vilka situationer som konflikter mellan ensamrätt till varumärken och reglerna om fri rörlighet för varor och EG:s konkurrensregler kan uppstå, och dels att från rättsliga utgångspunkter redogöra för

¹ Sveriges Riksdag. Eu-upplysningen, Den gemensamma marknaden. Internetadress: www.eu-upplysningen.se/upload/dokument/OHbilder/Den_gemensamma_marknaden_anteckningssidor_PDF.pdf

² Wetter, Karlsson, Rislund, Östman, *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 8 f.

³ Kommissionens meddelande ”En europeisk strategi för industriell äganderätt” av den 16 juli 2008, KOM (2008) 465 s. 3-5.

hur avvägningen av dessa motstridiga intressen har gjorts i EG:s lagstiftning och EG-domstolens praxis.

1.3 Metod

Jag har analyserat rättsläget med utgångspunkt i rättskällorna, dvs. genom vad som brukar betecknas sedvanlig juridisk metod. Eftersom uppsatsen behandlar EG-rätt utgörs lagstiftningen främst av EG-fördraget, direktiv, beslut och förordningar men också av en del internationella konventioner. Andra viktiga rättskällor är EG-domstolens praxis och den juridiska litteraturen på området.

1.4 Avgränsning

Jag kommer främst att behandla varumärkesrätten och därmed i möjligaste mån utelämna övriga delar av immaterialrätten. Jag kommer vidare endast att behandla *ensamrätten* till varumärket och dess begränsningar och inte (annat än rent översiktligt) gå in på andra delar av varumärkesrätten, såsom registreringsförfarandet. Jag kommer inte heller att behandla frågor om varumärkesintrång i situationer där inte konflikten med konkurrensrätten eller reglerna om varors fria rörlighet är det centrala.

Framställningen är inte tänkt att vara uttömmande. De angivna konfliktsituationerna är snarare tänkta att tjäna som exempel på hur gränsdragningen har gjorts. Med tanke på uppsatsens begränsade omfattning och det faktum att vissa varor berörs av speciella branschspecifika regler (se nedan kapitel 3) finns inte heller utrymme för att gå in i detalj på varje specifikt eller möjligt fall. Jag har i stället valt att behandla ämnet mer övergripande.

Jag vill betona att det inte bara är varumärkesrätten som kan komma i konflikt med konkurrensreglerna och reglerna för fri rörlighet för varor, utan detta är ett faktum som gäller för immaterialrätter i allmänhet. Min avsikt är dock inte att behandla immaterialrätten i dess helhet, utan att koncentrera mig på hur just varumärkesrätten kan komma i konflikt med EG:s konkurrensregler och reglerna om fri rörlighet för varor.

1.5 Disposition

För att uppnå syftet med uppsatsen kommer jag till att börja med att i tur och ordning beskriva de materiella reglerna för respektive område, dvs. ensamrätten till varumärken (kapitel 2), EG:s konkurrensregler (kapitel 3) och reglerna för fri rörlighet för varor (kapitel 4). I de följande kapitlen (kapitel 5 och 6) visar jag hur gränsdragningen mellan de olika intressena har gjorts i praxis, alltså i vilka situationer skyddet för ensamrätten har fått gå före respektive ge vika för skyddet för fri rörlighet för varor och EG:s konkurrensregler. Efter att ha gått igenom reglerna och hur dessa tillämpas i konfliktsituationerna avslutar jag (i kapitel 7) med att dra slutsatser av vad som framkommit i de övriga kapitlen.

2. Ensamrätt till varumärken

För att ge läsaren en djupare förståelse för varumärkets betydelse ska jag ska i det här kapitlet översiktligt gå igenom den historiska utvecklingen av varumärket och dess rättsliga reglering. Min förhoppning är att på detta sätt ge läsaren en grund inför den fortsatta diskussionen kring problemetiken i konflikten mellan varumärkesrätten och EG:s konkurrensregler och reglerna om fri rörlighet för varor. För att skapa en förståelse för hur långt europeiseringen har kommit på varumärkesrättens område så ger jag en generell men kortfattad beskrivning om regleringen kring varumärken i dess helhet, även om jag i denna uppsats fokuserar på själva ensamrätten till varumärken.

2.1 Historik

Varumärken har förmodligen funnits i alla tider, även om formen för dem har förändrats genom åren. Igenkänningstecken fanns nämligen redan när människan började bilda samhällen.⁴ Under tiden för skråsystemets framväxt var hantverkare mer eller mindre tvingade att tillhöra ett skrå för att tillverka en viss vara och i skrået var varje hantverkare förpliktad att märka sina varor. Orsaken till detta var helt enkelt att man ville kunna spåra felaktiga och falska varor.⁵ Det var dock först med industrialismen och masstillverkningen av varor som det moderna varumärket uppkom. Marknadsföringsmässiga orsaker gjorde det då mer eller mindre nödvändigt att märka produkter för att skilja dem från konkurrenternas.⁶

I dagens globala kunskapsbaserade ekonomi har industriella rättigheter fått en allt större betydelse i företagets övergripande affärsstrategi. EU-företagen kan inte längre förlita sig på priserna för att behålla sin konkurrenskraft vilket medfört att innovationen har ökat sin betydelse som konkurrensfördel. Vidare har egendom i allmänhet, oavsett om det handlar om immaterialrättigheter eller inte, en avgörande betydelse för att marknads ekonomin ska fungera. Varumärkesrättigheter är nödvändiga för ett system utan snedvriden konkurrens där kunden ges möjlighet att skilja mellan olika företags olika produkter och tjänster. Dessutom är varumärken ett mycket effektivt kommunikationsmedel. De fungerar å ena sidan som ett medel för information och reklam och å andra sidan som en symbol för ett företags entreprenörskapacitet och framtoning. Utan konkurrerande efterbildningar är det lättare för en producent att öka sin marknadsandel och sina vinstmarginaler och att utveckla sin kundlojalitet. Förutom detta anses skyddet för industriella rättigheter vara ett viktigt medel för att komma åt förfälskning och piratkopiering.⁷

2.2 Samhällsförändringar

I början av det europeiska samarbetet ville man motverka sådana konkurrenshämmande effekter som kan uppstå om ensamrätten till varumärken

⁴ Levin & Wessman, *Varumärkesrättens grunder*, s. 21-23.

⁵ A.a. s. 21-23.

⁶ Melin & Urde, *Varumärket - en hotad tillgång*, s. 14.

⁷ En europeisk strategi för industriell äganderätt, KOM (2008) 465 s. 3-5.

tillåts att bli alltför långtgående. Samhället har dock förändrats sedan dess och i dag talar man alltmer om att varumärket faktiskt kan gynna konkurrensen.⁸ Inom EG-rätten har man t.o.m. börjat tala om den ”femte friheten”, dvs. den fria rörligheten för kunskap. Till denna anses industriella rättigheter höra.⁹ Jag skulle vilja påstå att allt detta tyder på att man inom EG-rätten numera i större utsträckning placerar immaterialrätten på en mer jämlik nivå i förhållande till skyddet för fri rörlighet för varor än vad som gjordes i början av det europeiska samarbetet. I Kommissionens meddelande ”En europeisk strategi för industriell äganderätt” av den 16 juli 2008 uttalas bl.a. att ”en tydlig ordning för immateriell äganderätt är ett nödvändigt villkor för den inre marknaden...”.¹⁰

2.3 Ensamrättens innebörd

Den första frågan man kan ställa sig vid varumärkeskonflikter i allmänhet är vad som egentligen menas med ett varumärke och vad ensamrätt till varumärken innebär. De EG-rättsliga reglerna om varumärken (som jag ska presentera nedan under 2.2) ger inga direkta svar. Norstedts Juridiska Ordbok beskriver ordet *varumärke* som ”ett för en viss vara särskilt kännetecken som skiljer den från annan”. Ordet *kännetecken* kan enligt Nordell semantiskt sett förklaras som ”en utmärkande egenskap eller ett särdrag”. Han menar emellertid att det i juridisk bemärkelse ställs helt andra speciella och formella krav på ett kännetecken än vad som görs utifrån en grammatisk och semantisk synvinkel. Kännetecknet ska nämligen, för att kunna få det skydd som en registrerig ger, ha *särskiljningsförmåga* och får inte vara *förväxlingsbart* med annans kännetecken. Det får inte heller vara *vilseledande*.¹¹ Genom registrering får innehavaren en ensamrätt till varumärket. Detta innebär att ingen annan än varumärkesinnehavaren - eller någon med dennes samtycke - får utnyttja ett kännetecken som är förväxlingsbart med det registrerade varumärket. Om någon gör det är det fråga om varumärkesintrång. En begränsning i ensamrätten är att det måste vara fråga om *användning i näringsverksamhet* för att intrång skall föreligga.¹² Således faller all privat användning av ett varumärke utanför skyddet.

2.4 Europeisering av varumärket

Varumärkesrätten är det första området inom immaterialrätten som har europeiserats. Den nationella rätten är nu präglad av *Varumärkesdirektivet* (se nedan kapitel 2.2.1) och EG-domstolens praxis. Detta starka och nära europeiska samarbete på varumärkesområdet kan enkelt förklaras med varumärkesrättens stora betydelse för samhandeln inom den inre marknaden och dess stora allmänna ekonomiska betydelse.¹³ Den rättsliga reglering som har betydelse på varumärkesrättens område i Europa kan indelas i nationell rätt, EG-rätt och internationell rätt. Varumärkesrätten bygger på en lång tradition av internationellt samarbete. Ett viktigt exempel är *Pariskonventionen* från 1883 som ger skydd för olika industriella rätter, däribland

⁸ Kommissionens meddelande ”En europeisk strategi för industriell äganderätt” av den 16 juli 2008, KOM (2008) 465 s. 3.

⁹ En europeisk strategi för industriell äganderätt, KOM (2008) 465 s. 3.

¹⁰ En europeisk strategi för industriell äganderätt, KOM (2008) 465 s. 3.

¹¹ Nordell, *Varumärkesrättens skyddsobjekt. Om ordkännetecknets mening och referens*, s. 18.

¹² Artikel 5 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar. EUT L 299, 8.11.2008, s. 25–33.

¹³ Koktvedgaard & Levin, *Immaterialrätt*, s. 309 och 313; Granmar, *Varumärkesskydd*, s. 32.

varumärken.¹⁴ Dess stora betydelse följer av både Varumärkesdirektivet (se 2.2.1 nedan) och artikel 307 i EG-fördraget, där det framgår att EG-fördraget inte får påverka rättigheter och förpliktelser som ingått före den 1 januari 1958 om dessa är oförenliga med varandra. Detta betyder att, i händelse av emotsägelsefulla regler mellan Varumärkesdirektivet och Pariskonventionen, så går Pariskonventionen före.¹⁵ Ett annat viktigt internationellt avtal på varumärkesrättens område är *TRIPS-avtalet*¹⁶ som berör handelsrelaterade aspekter av immaterialrätter.¹⁷ *Nicekonventionen* är ett internationellt system för klassificering av varor som används vid varumärkesregistrering.¹⁸ Tack vare Rådets förordning (EEG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken¹⁹ finns numera också möjlighet att få varumärken registrerade med verkan i hela EU. Den myndighet som sköter registreringen av gemenskapsvarumärken heter Kontoret för harmonisering inom den inre marknaden, KHIM²⁰, och är beläget i Alicante. I sammanhanget bör även *Madridprotokollet*²¹ nämnas, en överenskommelse mellan över 60 länder om internationell registrering av varumärken.²²

2.4.1 Varumärkesdirektivet

Medlemsstaternas nationella varumärkeslagar har harmoniserats genom det direktiv som antogs 1988, *Rådets direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar*.²³ I skrivande stund har detta direktiv upphävts och ersatts av *Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar*, nedan kallat Varumärkesdirektivet.²⁴ Genom att kodifiera EG-domstolens praxis kring det äldre direktivet i det nya direktivet har man skapat ett nytt direktiv som bättre motsvarar det faktiska rättsläget. Den gamla införlivandefristen gäller fortfarande. (Medlemsstaterna skulle ha införlivat det gamla direktivet redan den 28 december 1991²⁵.) Varumärkesdirektivet innehåller två kategorier av bestämmelser, dels regleringen av nationella varumärkesregister, dels de rättigheter som följer av varumärkesregistreringen. Själva ensamrätten till varumärket, vilken är huvudfrågan i denna uppsats, behandlas i Varumärkesdirektivets artiklar 5, 6 och 7. Huvuddragen i dessa artiklar är som följer:

- Artikel 5 beskriver de befogenheter som registreringen av varumärket ger dess innehavare. Enligt artikel 5.1 har varumärkesinnehavaren rätt att förhindra att tredje

¹⁴ Granmar, *Varumärkesskydd*, s. 33 och 323 f.

¹⁵ Punkt 13 i ingressen till *direktiv 2008/95 EG*; artikel 307 i EG-fördraget.

¹⁶ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*.

¹⁷ Granmar, *Varumärkesskydd*, s. 36.

¹⁸ A.a. s. 40 f.

¹⁹ Rådets förordning nr 40/94 EEG av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken, EGT L 11, 14.1.1994, s. 1–36.

²⁰ Kontoret är kanske mer känt under sin engelska beteckning *Office for Harmonisation in the Internal Market*, OHIM.

²¹ Rådets beslut 2003/793/EG om godkännande av Europeiska gemenskapens anslutning till protokollet till Madridöverenskommelsen om den internationella registreringen av varumärken, EUT L 296, 14.11.2003, s. 20 f.

²² Granmar, *Varumärkesskydd*, s. 35–36.

²³ Rådets direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar, EGT L 40, 11.2.1989, s. 1–7.

²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG.

²⁵ Artikel 16, Rådets direktiv 89/104/EEG.

man utan samtycke i näringsverksamhet använder varumärket eller därmed förväxlingsbart kännetecken. I artikel 5.3 a-d ges exempel på vad som kan förbjudas av varumärkesinnehavaren, t.ex. tredje mans användning av tecknet på varor eller deras förpackning eller användning i marknadsföring, försäljning, import, export, i affärshandlingar och reklam.

- Artikel 6 beskriver de begränsningar som finns i varumärkesinnehavarens rättigheter. Innehavaren har t.ex. inte rätt att förhindra tredje man att i näringsverksamhet använda sitt eget namn eller adress eller uppgifter om varor eller tjänster. Innehavaren har inte heller rätt att hindra användning av varumärket om det är nödvändigt för att ange varans eller tjänstens föremål. Förutsättningen är dock att tredje man handlar i enlighet med god affärssed.

- Artikel 7 beskriver i vilka situationer som varumärkesinnehavarens rättigheter utsläcks eller, som man kallar det, *konsumeras*. Artikeln har följande lydelse:

”1. Ett varumärke ger inte innehavaren rätt att förbjuda användningen av varumärket för varor som av innehavaren eller med hans samtycke har förts ut på marknaden under varumärket inom gemenskapen.

2. Punkt 1 skall inte gälla när innehavaren har skäl原因 grund att motsätta sig fortsatt marknadsföring av varorna, särskilt när varornas beskaffenhet har förändrats eller försämrats efter att de har förts ut på marknaden.”

3. Fri rörlighet för varor

Fri rörlighet för varor innebär att varor ska kunna cirkulera fritt på EU: s inre marknad. Rörligheten underlättas bl.a. genom att EU-länderna antar gemensamma regler – harmonisering – eller, då gemensamma regler saknas, genom *principen om ömsesidigt erkännande*.²⁶

I artikel 3 c i EG-fördraget anges att hinder för fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital ska avskaffas på den inre marknaden. Avskaffandet av handelshinder är ett av de medel som ska användas för att uppnå målet i artikel 2 med upprättandet av den gemensamma marknaden.²⁷

Ursprungligen utformades den fria rörligheten för varor inom ramen för en tullunion mellan medlemsstaterna. Denna innebar att tullar, kvantitativa restriktioner och åtgärder med motsvarande verkan skulle avvecklas samtidigt som en gemensam tulltaxa gentemot tredje land skulle införas. Därefter lades vikten vid att fortsätta avskaffandet av hinder mot den fria rörligheten för varor genom att skapa en inre marknad, dvs. ett område med inre gränser där bl.a. varor skulle kunna röra sig lika fritt som på en nationell marknad.²⁸

Artikel 28 i EG-fördraget ingår inte i tullunionen utan rör kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan. När en nationell bestämmelse (efter en individuell prövning) anses direkt eller indirekt påverka

²⁶ Craig & de Búrca, *EU Law*, s. 635 och 659.

²⁷ Artiklarna 2 och 3 i EG-fördraget.

²⁸ Craig & de Búrca, *EU Law*, s. 613 f.

handeln mellan medlemsstaterna, faller den inom artikelns tillämpningsområde. Artikelns lydelse:

”Kvantitativa importrestriktioner samt åtgärder med motsvarande verkan skall vara förbjudna mellan medlemsstaterna.”

Sådana åtgärder med s.k. motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner har av EG-domstolen definierats mycket extensivt. I *Dassonville*²⁹ ansågs åtgärder med motsvarande verkan utgöra

”alla kommersiella bestämmelser i medlemsstaterna som direkt eller indirekt, aktuellt eller potentiellt, kunde utgöra ett hinder för handeln inom gemenskapen”.

I allmänhet handlar det om åtgärder som enbart tillämpas till nackdel för importerade produkter. Men i *Cassis de Dijon*³⁰ ansåg EG-domstolen att åtgärder med motsvarande verkan kunde uppstå även utan att det existerade någon diskriminering mellan importerade och inhemska produkter. Att tillämpa importstatens tekniska regler på varor från andra medlemsstater ansågs innebära en åtgärd med motsvarande verkan eftersom de importerade varorna straffades genom en kostsam anpassning. Avsaknad av harmonisering av produktregler inom gemenskapen ansågs inte försvara sådana regler eftersom de kunde hindra den fria rörligheten för varor. Därför slog EG-domstolen fast att alla varor som lagenligt har producerats och marknadsförts i en medlemsstat också ska tillåtas att släppas på marknaden i alla andra medlemsstater. Denna grundregel kallas principen om staternas ömsesidiga erkännande av respektive bestämmelser och ska användas så länge det inte finns någon harmonisering.

Genom *Cassis de Dijon*-principen fastställde EG domstolen också att ett EU-land bara ska kunna stoppa försäljningen av en vara från ett annat land om den bevisligen är skadlig för människors liv och hälsa. De nationella reglerna får inte vara utformade så att de blir förtäckta handelshinder som gör att varor från andra medlemsstater diskrimineras. Diskriminering kan sägas vara ett tillräckligt men inte nödvändigt villkor för att artikel 28 i EG-fördraget ska vara tillämplig. Gränsdragningen i fall där diskriminering inte föreligger är svår. I kapitel 5 nedan kommer jag att gå in mer på hur man ska veta hur långt artikel 28 egentligen sträcker sig när det gäller att skydda den fria rörligheten för varor.³¹ Anledningen till att artikel 28 i EG-fördraget är relevant för min framställning är att skyddet för immateriella rättigheter, i vilka varumärkesrätten är inbegripen, under vissa omständigheter kan anses påverka handeln mellan medlemsstaterna. I kapitel 5 nedan kommer jag att gå in mer på detta.

Ingen regel utan undantag heter det ju och detta gäller även för artikel 28. Undantag till förbjuden medges nämligen i artikel 30, vilken lyder som följer:

”Bestämmelserna i artiklarna 28 och 29 skall inte hindra sådana förbud mot eller restriktioner för import, export eller transitering som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv, att bevara växter, att skydda nationella

²⁹ Mål C-8/74, *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, [1974] ECR, s. 00837.

³⁰ Mål C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntweiden*, [1979] ECR, s. 00649.

³¹ Craig & de Búrca, *EC Law*, s. 613 f.

skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller att skydda industriell och kommersiell äganderätt. Sådana förbud eller restriktioner får dock inte utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.”³²

Industriell och kommersiell äganderätt finns alltså med bland möjligheterna till undantag från skyddet för den fria rörligheten för varor. Uttrycket industriell och kommersiell äganderätt ska tillämpas på alla former av industriell äganderätt och immaterialrätt, vilket gör att varumärkesskyddet kan utgöra ett sådant undantag.³³

I målet *Leclerc*³⁴ framgick att för att med framgång åberopa undantagen i artikel 30 i EG-fördraget i syfte att rättfärdiga en nationell regel som används så att handelshindrande verkan uppstår (t.ex. ensamrätten till ett varumärke), ska två rekvisit vara uppfyllda. Det första en medlemsstat har att bevisa är att det föreligger ett hot mot något av de skyddsintressen som listas i artikelns första mening (dvs. allmän moral, allmän ordning, allmän säkerhet, människors och djurs hälsa och liv, bevarande av växter, nationella skatter av konstnärligt, historiskt eller arkeologiskt värde eller skyddet av industriell och kommersiell äganderätt) och undantag från skyddet för fri rörlighet därför är nödvändigt. Det andra, proportionalitetsrekvisitet, innebär applicerat på ensamrätten till varumärken, att den åtgärd man vidtar för att skydda ensamrätten till varumärket endast kan gå före skyddet för fri rörlighet för varor om det är nödvändig och åtgärden i fråga får inte vara mer långtgående än nödvändigt.

4. EG: s konkurrensregler

4.1 Allmänt om EG: s konkurrensregler

EG:s konkurrensrätt har, som beskrivs ovan i kapitel 1.1, ända sedan den europeiska integrationens början utgjort en grundsten i upprättandet av den gemensamma marknaden. EG:s grundläggande konkurrensregler finns i artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget. Genom förordning nr 1/2003³⁵ som trädde i kraft år 2004 moderniserades tillämpningen av EG:s konkurrensregler i flera viktiga avseenden³⁶.

Det övergripande syftet med EG:s konkurrensregler är att skydda en effektiv konkurrens. Frågan är vad det innebär? Wetter m.fl. ger följande försök till förklaring:

”Allmänt kan sägas att effektiv eller fungerande konkurrens i regel råder på en marknad där antalet säljare inte är för begränsat, de utbudna produkterna inte

³² Artikel 30 i EG-fördraget.

³³ Faktablad från Europaparlamentet, 3.4.4, *Immaterialrätt och industriell och kommersiell äganderätt*. http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_4_4_sv.htm.

³⁴ Mål C-229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc and others v SARL "Au bleu vert" and others*, [1985] ECR, s. 00001.

³⁵ Förordning nr 1/2003 EG om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, 4.1.2003, s. 1–25.

³⁶ Ett viktigt syfte med moderniseringen var att man i högre grad ville involvera företagen och de nationella domstolarna i tillämpningen av reglerna. Se Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 7.

är för differentierade, företagen inte handlar i samförstånd med varandra och inga väsentliga hinder finns för marknadsinträde”.³⁷

EG:s konkurrensregler ska inte bara främja konkurrensen på den gemensamma marknaden utan även verka för integrationen mellan medlemsstaterna.³⁸ Detta medför att avtal eller förfaranden som på ett otillbörligt sätt kan begränsa handeln mellan medlemsstaterna vanligtvis är oförenliga med EG:s konkurrensregler.³⁹ De grundläggande materiella EG-rättsliga bestämmelserna om konkurrens återfinns i artikel 81 (förbud mot konkurrensbegränsande samarbete) och 82 (missbruk av dominerande ställning) i EG-fördraget. Särskilda konkurrensregler kan gälla inom specifika sektorer⁴⁰, men jag har här utelämnat sådana särskilda regler för att närmare fokusera på artiklarna 81 och 82 i EG-fördraget.

4.2 Artikel 81 i EG-fördraget

4.2.1 Artikel 81.1

För att avtal eller förfaranden ska kunna träffas av förbudet i artikel 81.1 krävs att de:

- kan påverka samhandeln (samhandelskriteriet)
- har till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom den gemensamma marknaden (konkurrensbegränsningskriteriet)
- har en märkbar effekt på konkurrensen (märkbarhetskriteriet eller *de minimis-principen*⁴¹).

Jag ska i tur och ordning beskriva dessa villkor lite närmare. Det första villkoret, *samhandelskriteriet*, innebär att ett förfarande inte kan angripas med stöd av EG-rätten (hur konkurrenshämmande det än är) om inte handeln mellan medlemsstaterna påverkas. I sådana fall kan i stället nationell konkurrensrätt vara tillämplig.⁴²

Vad som utgör ett *hindrande, begränsande eller snedvrیدande av konkurrensen* anges inte i artikel 81 EG. I artikel 81.1 a-e räknas emellertid ett antal exempel upp på avtalstyper som kan påverka konkurrensen på ett negativt sätt. Av artikelns lydelse följer att till sådan påverkan räknas avtal där

- ”a) inköps- eller försäljningspriser eller andra affärsvillkor direkt eller indirekt fastställs,
- b) produktion, marknader, teknisk utveckling eller investeringar begränsas eller kontrolleras,
- c) marknader eller inköpskällor delas upp,

³⁷ Wetter m.fl. *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 8.

³⁸ SOU 2004:131, s. 47.

³⁹ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 10.

⁴⁰ A.a., s. 3, fotnot nr 4.

⁴¹ Mål C-5/69, *Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, [1974] ECR, s. 00295, p. 5-7. De *de minimis*-principen har preciserats i Kommissionens meddelande *Tillkännagivande från kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 EG*, EGT nr C 368, 22.12.2001, s. 1.

⁴² SOU 2004:131 s. 49.

- d) olika villkor tillämpas för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- e) det ställs som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser, som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet”.⁴³

Märkebarhetskriteriet följer av EG-domstolens praxis och innebär att förfarandet också måste ha en *märkbar effekt* på konkurrensen för att artikel 81.1 ska vara tillämplig. Denna bedömning kan bara göras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och vanligtvis inte förrän den *relevanta marknaden* har avgränsats på ett riktigt sätt. För att en åtgärd ska kunna aktualisera tillämpningen av konkurrensreglerna krävs nämligen att de företag som är involverade har inflytande på marknaden. För att kunnagöra en sådan bedömning måste en ekonomiskt och konkurrensrättsligt meningsfull relevant marknad avgränsas.⁴⁴

Av *Kommissionens tillkännagivande om relevant marknad* framgår att företagens möjligheter att utöva marknadsinflytande huvudsakligen begränsas av tre faktorer. För att avgöra marknadsavgränsningen är det i första hand två av dessa som beaktas, nämligen

- utbytbarheten från *efterfrågesidan*
- utbytbarheten från *utbudssidan*.

Det viktiga vid bedömningen av utbytbarheten från efterfrågesidan är att ta reda på om (och i så fall i vilken omfattning) kunderna kan skydda sig mot en prishöjning genom att inom tillräckligt kort tid välja en annan produkt eller anlita en annan leverantör inom ett annat geografiskt område. Utbytbarhet från utbudssidan förutsätter att det finns företag som snabbt kan ställa om sin produktion till utbytbara produkter utan väsentliga tilläggskostnader eller kommersiella risker.⁴⁵ Om en sådan utbytbarhet är möjlig, kan inte samarbetet anses konkurrensbegränsande och EG:s konkurrensregler kan därmed inte tillämpas på det aktuella förfarandet.

Den ovan nämnda *de minimis*-principen utvecklades i målet *Völk*⁴⁶. EG-domstolen konstaterade här att ett ensamåterförsäljaravtal inte behöver träffas av förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget om det påverkar marknaden endast i mycket liten utsträckning. Principen har senare preciserats i ett meddelande från Kommissionen⁴⁷ där man kallar dessa avtal för ”avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1”. Som ledning för när avtal ska anses vara av mindre betydelse anger Kommissionen vissa kvantitativa tröskelvärden baserade på marknadsandelar.

Förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget omfattar både *horisontella avtal*, dvs. avtal mellan företag inom *samma* led i distributionskedjan, och *vertikala avtal*, dvs. avtal mellan företag i *olika* handelsled. Ett exempel på vertikalt avtal är avtal mellan tillverkare och

⁴³ Wetter m.fl. *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 162-163.

⁴⁴ A.a., s. 99-104.

⁴⁵ *Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning*, punkt 13, 1997/C 372/03; Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 104-105.

⁴⁶ Mål C-5/69, *Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, [1974] ECR, s. 00295.

⁴⁷ *Tilkännagivande från Kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget*, EGT nr C 368, 22.12.2001.

återförsäljare⁴⁸ som används av varumärkesinnehavare när de upplåter sin ensamrätt till varumärket åt en återförsäljare. I allmänhet anses horisontella avtal vara mer skadliga för konkurrensen. I kapitel 6 nedan ges exempel på när de olika avtalen anses hämma konkurrensen.

4.2.2 Artikel 81.2

Bestämmelsen i artikel 81.2 innebär att ett avtal som är förbjudet enligt artikel 81.1 är ogiltigt.⁴⁹

4.2.3 Artikel 81.3

Ett samarbete som omfattas av förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget kan omfattas av undantag om fördelarna med samarbetat överväger de nackdelar för konkurrensen som samarbetet kan innebära. Kriterierna för undantag finns angivna i artikel 81.3 och om dessa är uppfyllda är ett annars otillåtet samarbete tillåtet. Undantag från förbudet gäller vidare för sådana samarbeten som omfattas av ett s.k. gruppundantag. EG-rättsliga gruppundantag har bl.a. utfärdats för 1) vertikala avtal och samordnade förfaranden, 2) vertikala avtal och samordnade förfaranden inom motorfordonssektorn, 3) specialiseringsavtal, forsknings- och utvecklingsavtal, 4) avtal om tekniköverföring och 5) avtal och beslut och samordnade förfaranden inom försäkringssektorn.

4.3 Artikel 82 i EG-fördraget

Enligt artikel 82 i EG-fördraget är missbruk från ett eller flera företags sida av en dominerande ställning på marknaden förbjudet. För att artikel 82 i EG-fördraget ska vara tillämplig måste den dominerande ställningen avse den gemensamma marknaden eller en väsentlig del av denna. Missbruket måste dessutom, liksom i artikel 81.1, kunna påverka handeln mellan medlemsstaterna på ett märkbart sätt. Frågan om ett företag är dominerande och om ett förfarande utgör missbruk kan endast avgöras med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet och vanligtvis först efter att den relevanta marknaden avgränsats på ett riktigt sätt. Av särskild betydelse för dominansprövningen är företagets marknadsandelar. En grov tumregel är att en marknadsandel under 40 % normalt utesluter ensam dominans, medan en marknadsandel över 65 % ofta i sig skapar en stark presumtion för dominans. Till ledning för vilka förfaranden som omfattas av förbudet i artikel 82 i EG-fördraget ges i artikel 82 a-d i samma fördrag exempel på åtgärder som kan utgöra missbruk. Av artikelns lydelse framgår att det kan vara att

- ”a) direkt eller indirekt påtvinga någon oskäligen inköps- eller försäljningspriser eller andra oskäligen affärsvillkor,
- b) begränsa produktion, marknader eller teknisk utveckling till nackdel för konsumenterna,
- c) tillämpa olika villkor för likvärdiga transaktioner med vissa handelspartner, varigenom dessa får en konkurrensnackdel,
- d) ställa som villkor för att ingå avtal att den andra parten åtar sig ytterligare förpliktelser som varken till sin natur eller enligt handelsbruk har något samband med föremålet för avtalet.”⁵⁰

⁴⁸ SOU 2004:131, s. 49; Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 11.

⁴⁹ Artikel 81.2 i EG-fördraget; SOU 2004:131 s. 49.

Ett missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 kan inte omfattas av undantag.⁵¹

5. Diskussion. Ensamrätten till varumärken och reglerna om fri rörlighet för varor

I det här avsnittet kommer jag att gå igenom den rättsutveckling som ligger till grund för hur konflikten mellan ensamrätten till varumärket och reglerna om fri rörlighet för varor hanteras i dag. Jag visar samtidigt i vilka situationer konflikter mellan rättsområdena har uppstått och hur EG-domstolen har hanterat dessa konflikter.

Innan jag går in närmare på de faktiska situationerna, ska jag förklara hur EG över huvud taget har behörighet att inverka på varumärkesrättens område. Artikel 295 i EG-fördraget fastställer ju att fördraget inte i något hänseende ska ingripa i medlemsstaternas egendomsordningar (den s.k. territorialitetsprincipen). Hur kan fördraget då förbjuda det handelshinder som immaterialrätter och ensamrätten till varumärken utgör?

Grunden för EG:s behörighet att ingripa i medlemsstaternas egendomsordningar vad gäller immaterialrättsliga frågor kom tidigt med avgörandet i målet *Consten/Grundig*⁵². Målet handlade om den franska återförsäljaren Consten som (genom ett avtal med tyska Grundig var innehavare av deras varumärke GINT i Frankrike) försökte stoppa parallellimport av Grundigs produkter från Tyskland till Frankrike. Consten hävdade att de verkningar för konkurrensen som påtalats inte berodde på avtalet utan på att registrering av varumärket hade skett enligt fransk lagstiftning, som sade att en ursprunglig ensamrätt till varumärket gav ett absolut områdesskydd. Utgången av fallet blev att EG-domstolen godkände Constens registrering av varumärken, dvs. existensen av ensamrätten till varumärket, men förbjöd utövandet av den. Företaget fick därför inte utnyttja innehavet av de immateriella rättigheterna i syfte att hindra parallellimport. På detta sätt utvecklade EG-domstolen en skiljelinje mellan en immaterialrättighets *existens* och *utövandet* av densamma. En immateriell rättighets existens garanteras således skydd av EG-rätten medan utövandet av densamma mycket väl kan träffas av EG-rättsliga regleringar.

5.1 Konsumtion av varumärkesrättigheter

En viktig princip i gränsdragningen mellan ensamrätten till varumärket och den fria rörligheten för varor är den s.k. *konsumtionsprincipen* som innebär att varumärkesrättigheter inte kan åberopas för att begränsa den fria rörligheten för varor. Konsumtionen är *nationell* om den enbart har effekt på landets eget territorium,

⁵⁰ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 12.

⁵¹ A.a. s. 13.

⁵² Förenade målen C-56/64 till C-58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, [1966] ECR, s. 00299.

regional om den utsträcks till en grupp länder (t.ex. EES-området) och *global* om den omfattar alla länder utan hänsyn till landsgränser och frihandelszoner.⁵³

Varumärkesdirektivets artikel 7.1 föreskriver att en varumärkesinnehavare inte har rätt att förbjuda annans användning av varumärket för varor som av innehavaren eller med hans medgivande har släppts ut på marknaden under varumärket inom gemenskapen.

5.1.1 Parallellimport

En särskild fråga som uppkommer till följd av konsumtionsprincipen är hur *parallellimport* av varor ska behandlas. Denna typ av import är en följd av att samma märkesvaror många gånger säljs till olika priser inom olika medlemsstater. Jag ska här ge ett eget exempel för att förklara innebörden av parallellimport. Låt oss säga att en dansk varumärkesinnehavare har släppt sina varor på marknaden inom EES. Därefter köper någon annan än varumärkesinnehavaren upp innehavarens märkesvaror från, låt oss säga Spanien, importerar dem till Sverige och säljer dem för ett lägre pris än vad den danske varumärkesinnehavaren gör i Sverige.

Är det inte fråga om olovligt bruk av varumärken när parallellimportörer på detta sätt kan åka snålskjuts på de investeringar i tid, arbete och pengar som varumärkesinnehavaren har gjort på att bygga upp varumärkets renommé? Nej, genom konsumtionsprincipen går det inte att ”komma åt” parallellimport inom EES-området. När varan väl har släppts ut på marknaden får vem som helst göra vad han eller hon vill med varorna, de kan säljas vidare, lånas ut, användas i näringsverksamhet osv., helt utan varumärkesinnehavarens medgivande.⁵⁴ Den nationalekonomiska grunden för detta ställningstagande är att det skulle orsaka större samhällsekonomisk skada att genom varumärkesskyddet tillåta prismonopol på den nationella marknaden, än vad den samhällsekonomiska nyttan av att skydda varumärkesinnehavarens ensamrätt skulle vara. Inom EU skulle ett sådant varumärkesskydd helt enkelt störa förverkligandet av den inre marknaden.⁵⁵

5.1.2 Regional eller global konsumtion?

Det är alltså klarlagt att regional konsumtion råder inom EU och att parallellhandel av varor med registrerade varumärken inte kan stoppas. Däremot har det varit omstritt hur bestämmelsen ska tolkas i fråga om produkter som importeras från tredje land, dvs. i områden *utanför* EES. Lösningen kom dock med en prejudicerande dom i målet *Silhouette*⁵⁶, där EG-domstolen klart tog ställning till förmån för regional konsumtion. Frågan i målet gällde huruvida artikel 7.1 i Varumärkesdirektivet ger varumärkesinnehavaren rätt att förbjuda tredje man att använda varumärket för varor som förts ut på marknaden under detta varumärke i en stat utanför EES. Genom domen i *Silhouette* har möjligheten till parallellimport av varumärkesskyddade produkter från tredje land, dvs. ett land utanför EES-området, upphört. Varumärkesinnehavare har med andra ord rätt att förhindra import till EU av varor, även om dessa varor har släppts ut på marknaden utanför EU med varumärkesinnehavarens samtycke. Ett argument för global konsumtion är den

⁵³ Koktvedgaard & Levin, *Immaterialrätt*, s. 357.

⁵⁴ Koktvedgaard & Levin, *Immaterialrätt*, s. 358.

⁵⁵ Granmar, *Varumärkesskydd*, s. 109.

⁵⁶ Mål C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, [1998] ECR, s. I-04799.

prispress som man tror att den kan medföra. Man menar t.ex. att regional konsumtion hindrar parallellimport från lågprisländer⁵⁷.

Inom EU har meningarna dock varit delade i frågan om global eller regional konsumtion av varumärkesrätt är lämpligast. Ekonomiska och sociala kommittén skrev i sitt yttrande *"Konsumtion av de rättigheter som är knutna till ett varumärke"*⁵⁸ att global konsumtion troligtvis skulle medföra fler nackdelar än fördelar. Man menade att en eventuell prissänkning för konsumenterna skulle bli mycket liten, endast mellan 0 och 2 procent och dessutom skulle den förmodligen försvinna på lång sikt. Vidare menade man att produkternas kvalitet och konsumenternas tillgång till service skulle påverkas. För övrigt, eftersom produkterna ofta inte bara skyddas genom varumärken utan även genom flera andra immateriella rättigheter, så skulle ett internationellt konsumtionssystem endast beröra ett mindre antal sektorer och på ett begränsat sätt. En annan fråga som togs upp var risken för förfalskning och pirattillverkning av produkter från tredje land.

Det nuvarande rättsläget när det gäller varumärkesrättslig konsumtion inom EU är således ganska klart. Principen om nationell konsumtion inom gemenskapen har fastställts och bekräftats flera gånger av EG-domstolen⁵⁹ och det framgår även tydligt av artiklarna 5 och 7 i det nya Varumärkesdirektivet att det är gemenskapskonsumtion som ska gälla. Medlemsstaterna inte något utrymme för att i sin nationella lagstiftning föreskriva konsumtion av de rättigheter som är knutna till ett varumärke i fråga om varor som förs ut på marknaden i tredje land⁶⁰.

5.1.3 Bevisbördeproblematiken

Till följd av att konsumtionsprincipen är territoriellt begränsad uppkommer frågan om vem som ska bevisa att ensamrätten är konsumerad. Jag har redan klarlagt att om den plats där en vara för första gången har släpps ut på marknaden ligger utanför EES, så utgör det varumärkesintrång att importera den till EES-området utan varumärkesinnehavarens samtycke. Frågan är vilken part som bär bevisbördan för om den aktuella varan är marknadsförd inom EES med rättighetshavarens medgivande. Är det parallellhandlaren eller varumärkesinnehavaren? Varumärkesdirektivet innehåller ingen specificering av vem som bär bevisbördan för om konsumtionsbestämmelsens rekvisit är uppfyllda eller inte och EG-domstolens praxis har flera gånger visat att fördelningen av bevisbördan generellt är en fråga för nationell rätt och nationella domstolar⁶¹. Av domen i *Zino Davidoff*⁶² verkar EG-domstolen ändå ha ansett att bevisbördan för varornas ursprung ska ligga på

⁵⁷ Lidgard, *Regional konsumtion i EU hindrar parallellimport från lågprisländer*, ERT 1998, s. 45.

⁵⁸ Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén om *"Konsumtion av de rättigheter som är knutna till ett varumärke"*, 2001/C 123/05, EUT 25.4.2001.

⁵⁹ Mål C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, punkt 26; förenade målen C-414/99 till C-416/99, *Zino Davidoff SA mot A & G Imports Ltd och Levi Strauss & Co. m.fl. mot Tesco Stores Ltd m.fl.*, REG 2001, s. I-8691, punkt 32.

⁶⁰ Mål C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, p. 35-36.

⁶¹ Förenade målen C-205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH and others v Federal Republic of Germany*, [1983] ECR, s. 02633; mål C-208/90, *Theresa Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General*, [1991] ECR, s. I-04269.

⁶² Förenade målen 414/99 till 416/99, *Zino Davidoff SA mot A & G Imports Ltd och Levi Strauss & Co. m.fl. mot Tesco Stores Ltd m.fl.*, REG 2001, s. I-8691.

parallellhandlarna. I *Van Doren*⁶³ tydliggörs däremot att en sådan lösning kan medföra vissa problem. Om den som påstås ha gjort intrång är tvungen att bevisa var varan fördes ut på marknaden för första gången skulle varumärkesinnehavaren kunna hindra att de förvärvade varorna salufördes. Om den som påstås ha gjort intrång lyckades styrka att han förvärvat varan av en återförsäljare som ingår i innehavarens nät av ensamåterförsäljare i EES, skulle innehavaren dessutom kunna ta bort hans möjlighet att i framtiden skaffa varor från denne återförsäljare. Man menade därför att om bevisbördan placeras på parallellhandlaren så kan detta utgöra ett hinder för varors fria rörlighet.

Ett förslag till lösning på bevisbördeproblematiken kom just genom målet *Van Doren*, där både generaladvokat Stix-Hackls⁶⁴ och EG-domstolen i sitt förhandsbesked ansåg att en form av *delad bevisbörda* ska tillämpas. Om den som påstås ha gjort intrång kan visa att det föreligger en verklig risk för avskärmning av de nationella marknaderna om han åläggs bevisbördan för att varorna har förts ut på marknaden i EES av varumärkesinnehavaren eller med dennes samtycke, blir det upp till varumärkesinnehavaren att styrka att varorna ursprungligen fördes ut på marknaden utanför EES av honom själv eller med hans samtycke. Inte förrän varumärkesinnehavaren kan styrka detta kan den som påstås ha gjort intrång åläggas att bevisa att innehavaren har samtyckt till fortsatt saluföring av varorna inom EES.⁶⁵

5.1.4 När anses varan ha förts ut på marknaden?

En annan fråga som kan uppkomma vad gäller konsumtion är när en vara ska anses ha *förts ut på marknaden*. Koktvedgaard och Levin menar att detta har skett när varan har bjudits ut till försäljning på den öppna marknaden inom EES på ett sådant sätt att den gjorts tillgänglig för konsumenterna. Jag utgår från att formuleringarna ” bjudits ut ” och gjorts tillgänglig” betyder att de anser att det inte krävs ett faktiskt köp för att varan ska anses ha förts ut på marknaden. Författarna understryker att det handlar om fysiska varors fysiska spridning, till skillnad från spridning av varumärket som sådant. Detta betyder att reklam i sig inte innebär att varorna anses ha förts ut på EES-marknaden. Om så var fallet skulle ensamrätten till i stort sett alla märkta varor vara konsumerad bara genom att varumärken visats eller beskrivits i TV, radio, tidningar eller på en hemsida inom EES.

5.2 Varumärkesskyddets omfattning

5.2.1 Varumärkets särskilda föremål

Av vad som hittills framkommit tycks varumärkesinnehavarens begränsningar ganska stora i förhållande till skyddet för den fria rörligheten för varor. I målet *Centrafarm/Winthrop*⁶⁶ klargjordes emellertid att undantag från den fria rörligheten kan göras om det är berättigat för att skydda varumärkets *särskilda föremål*. Det särskilda föremålet har sedan klarlagts i ett antal fall och ansetts innebära att varumärkesrätten ska garantera att varan verkligen har sitt ursprung hos varumärkesinnehavaren eller

⁶³ Mål 244/00, *Van Doren + Q. GmbH mot Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH och Michael Orth*, p. 41, REG 2003, s. I-03051.

⁶⁴ Generaladvokat Stix-Hackls förslag till avgörande i mål 244/00, *Van Doren + Q. GmbH mot Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH och Michael Orth*. 18 juni 2002.

⁶⁵ Förenade målen C-414/99 till C-416/99, *Zino Davidoff SA mot A & G Imports Ltd och Levi Strauss & Co. m.fl. mot Tesco Stores Ltd m.fl.* REG 2001, s. I-8691, p. 54; mål C 244/00, *Van Doren + Q. GmbH mot Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH och Michael Orth*, p. 42.

⁶⁶ Mål C-16/74, *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Winthrop BV*, [1974] ECR, s. 1183.

någon av dennes licenstagare.⁶⁷ I *Hoffman-La Roche/Centrafarm*⁶⁸ förklarade EG-domstolen vidare att den väsentliga funktionen var att garantera för konsumenten att en märkt vara härstammar från en viss varumärkesinnehavare som är ansvarig för dess kvalitet.

5.2.2 Förväxlingsbara kännetecken

I målet *Deutsche Renault/Audi*⁶⁹ förklarade EG-domstolen att risk för förväxling kan hota ensamrättens särskilda föremål och vara ett sådant nödvändigt fall där undantag till skyddet för varors fria rörlighet kan göras. Målet *Terrapin*⁷⁰ är ett exempel på hur produkter med förväxlingsbara kännetecken kan stoppas av varumärkesinnehavaren. Målet gällde ett tyskt företag som var innehavare av märket Terranova och som försökte förhindra ett brittiskt bolag från att registrera varumärket Terrapin i Tyskland. Båda varumärkena avsåg byggmaterial, vilket den tyska innehavaren befarade skulle leda till att konsumenterna förväxlade märkena. Domstolen kom fram till att den varumärkesrättsliga konsumtionen inte hindrar en varumärkesinnehavare från att stoppa import av produkter med förväxlingsbara kännetecken som omsatts inom EU och att undantagsbestämmelsen i artikel 30 i EG-fördraget kan åberopas i sådana fall. En förutsättning är dock att varumärkena inte har gemensamt ursprung och det inte föreligger avtal mellan de båda innehavarna som är oförenliga med artikel 81 i EG-fördraget. Importförbudet sades inte heller få utgöra ett medel för konstgjord uppdelning av den gemensamma marknaden.⁷¹

5.2.3 Ompaketering och ommärkning

Det kan även finnas annan skälig grund för varumärkesinnehavaren att motsätta sig annans användning av varumärket. Grundregeln i artikel 7.1 i Varumärkesdirektivet om konsumtion av varumärkesrättigheter följs av artikel 7.2 där det framkommer att konsumtion *inte* ska inträffa om innehavaren har skälig grund att motsätta sig detta, t.ex. om varornas beskaffenhet har förändrats eller försämrats. Av EG-domstolens praxis följer att ompaketering och ommärkning tillhör varumärkesinnehavarens exklusiva rättighet och att en parallellimportör således inte har rätt att själv applicera varumärket på varor eller förpackningar. Inte heller har parallellimportören rätt att lägga varumärkesinnehavarens varor i nya förpackningar utan varumärkesinnehavarens medgivande. Att förhindra ompaketering är emellertid inte möjligt om detta kan ske utan att varans ursprung och ursprungliga beskaffenhet påverkas. Ett sådant förhinder skulle kunna utgöra en förtäckt begränsning av handeln enligt andra meningen i artikel 30 i EG-fördraget.⁷²

Det vore en stor inskränkning i varumärkesskyddet om någon annan fritt kunde tillhandahålla varumärkesinnehavarens varor i egna förpackningar som kanske t.o.m. saknade varumärket. Å andra sidan kan det vara av intresse för konsumenterna att varor som köpts upp i ett annat land faktiskt ges nya förpackningar, t.ex. med

⁶⁷ Mål C-16/74, *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Winthrop BV*, p. 8; mål 193/83, *Windsurfing International Inc. v Commission of the European Communities*, [1986] ECR, s. 611.

⁶⁸ Mål C-102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH*.

⁶⁹ Mål C-317/91, *Deutsche Renault AG v AUDI AG*, [1993] ECR, s. I-06227.

⁷⁰ Mål C-119/75, *Terrapin (Overseas) Ltd. v Terranova Industrie CA Kapferer & Co.*, [1976] ECR, s. 01039.

⁷¹ Mål 119/75, *Terrapin (Overseas) Ltd. v Terranova Industrie CA Kapferer & Co.*, p. 7 i domskälen.

⁷² Mål C-102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH*.

innehållsförteckningar och anvisningar på det egna språket. Inom läkemedelsbranschen är parallellimport särskilt vanlig eftersom prisskillnaderna för denna vara är stora mellan de olika EU-medlemsstaterna. EG-domstolen har också fastställt att ompaketering av läkemedel faktiskt kan accepteras om nyttan av ompaketeringen är större än skadan.⁷³ Parallellimport av läkemedel är emellertid en känslig politisk fråga eftersom alla EU-länder inte har lika bra mekanismer för kvalitetskontroll.⁷⁴

5.2.4 Användning av annans kännetecken i reklam

Av artikel 5.2 i Varumärkesdirektivet följer att det inte är tillåtet att på ett otillbörligt sätt utnyttja ett varumärkes renommé. Det betyder att även om en parallellimportör får använda varumärkesinnehavarens märke, så kan han inte använda det hursomhelst.⁷⁵ I vissa fall kan det vara acceptabelt, men det måste då tydligt framgå att det är varumärkesinnehavarens märke som används. Det finns exempel där återförsäljare av mobiltelefoner har kunnat använda telefонтillverkarens varumärke både vid tillhandahållandet av telefонтillverkarens varor och i sin egen reklam för telefонтillverkarens varor. I sådana fall måste det alltså tydligt framgå att det är innehavarens varumärke som används, och inte återförsäljarens.⁷⁶

EG-domstolen konstaterade i fallet *Dior*⁷⁷ att avsikten med konsumtionsregeln är att hindra varumärkesinnehavare att dela upp marknaderna och att det skulle bli svårare att sälja varorna om inte rätten att använda varumärket i marknadsföring fanns, vilket i slutändan skulle kunna äventyra konsumtionsregelns syfte. Därför är det i flera fall tillåtet att använda varumärkesinnehavarens märke i reklam. Ett exempel är marknadsföring av reservdelar till bilar, där det i upplysande syfte kan vara tillåtet att använda märket. Ett mål som belyser detta är *BMW-fallet*⁷⁸. BMW hävdade att reklam för försäljning, reparationer och underhåll av begagnade bilar av märket BMW var olovligt bruk av varumärket. EG-domstolen fastslog emellertid att en återförsäljare som säljer begagnade bilar av märket BMW och som verkligen är specialist eller specialiserad på försäljning av sådana bilar i praktiken inte kan upplysa sina kunder om detta utan att använda varumärket BMW. Därför är det nödvändigt att i *upplysande syfte* kunna använda ett varumärke för att säkerställa rätten till fortsatt marknadsföring enligt artikel 7 i Varumärkesdirektivet. Sådan användning anses inte innebära att återförsäljaren drar otillbörlig fördel av varumärkets särskiljningsförmåga eller renommé (vilket är förbjudet enligt artikel 5.2 i Varumärkesdirektivet). Annonseringen som en återförsäljare gör får dock inte ge uttryck för att det skulle finnas något samband mellan företagen. I så fall skulle det nämligen finnas risk för att konsumenterna lockas att tro att det finns ett ekonomiskt samband mellan återförsäljaren och allmänheten.

5.3 Samspel i stället för konflikt

⁷³ Granmar, *Varumärkesskydd*, s. 109 f.

⁷⁴ Koktvedgaard & Levin, *Immaterialrätt*, s. 360.

⁷⁵ Granmar, *Varumärkesskydd*, s. 110.

⁷⁶ A.a., s. 107.

⁷⁷ Förenade målen C-300/98 till C-392/98, *Parfums Christian Dior SA mot TUK Consultancy BV och Assco Gerüste GmbH och Rob van Dijk mot Wilhelm Layher GmbH & Co. KG och Layher BV*, REG 2000, s. I-11307.

⁷⁸ Mål C-63/97, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) och BMW Nederland BV mot Ronald Karel Deenik*, REG 1999, s. I-00905.

Vid skapandet av EG:s gemensamma marknad lade man stor vikt vid arbetet för att avskaffa hindren för den fria rörligheten och för att undvika ett snedvridande av konkurrensen. Det gör man fortfarande, dock med den skillnaden att man numera inte bara talar om att avskaffa hindren utan mer och mer om vikten av att uppnå en balans mellan de två syftena. I praktiken blir det ofta fråga om en avvägning mellan intresset av att motverka hinder för en effektiv konkurrens och intresset av att skydda den ensamrätt som immaterialrätten ger.⁷⁹ Koktvedgaard & Levin uttrycker samspelet mellan de båda intressena så här:

”Till skillnad från äganderätten till fysiska föremål som i viss utsträckning kan utövas oberoende av varandra – man kan själv skörda sin trädgård och dricka sitt vin – kan immaterialrätt endast utnyttjas meningsfullt i samverkan med samhällets övriga medlemmar.⁸⁰”

Från senare tid finns tecken på att intresset av ett starkt immaterialrättsligt skydd inom EU har ökat. I *Strategirapporten om den förnyade Lissabonstrategin för tillväxt och sysselsättning*⁸¹, slår Kommissionen fast att investeringar i kunskap och innovation är ett av fyra prioriterade områden för fokuserade åtgärder under treårsperioden 2008–2010. Av rapporten framgår vidare att man planerar ett antal åtgärder för att förverkliga den ”femte friheten”, nämligen fri rörlighet för kunskap. Detta ska bl.a. göras genom att stärka skyddet för immateriella rättigheter.

*Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter*⁸² visar även det på det ökade intresset inom EU av att ge upphovsmän, patenthavare och varumärkesinnehavare bättre möjligheter att ingripa mot intrång i deras rättigheter.

⁷⁹ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 504.

⁸⁰ Koktvedgaard & Levin, *Immaterialrätt*, s 32.

⁸¹ Strategirapport om den förnyade Lissabonstrategin för tillväxt och sysselsättning: start för den nya treårsperioden (2008–2011) Att hålla förändringstempot uppe., KOM(2007) 803 slutlig DEL I.

⁸² Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, EUT L 157, 30.4.2004, s. 45–86.

6. Diskussion. Ensamrätten till varumärken och EG:s konkurrensregler

Som nämnts i kapitel 1.1 spelar en väl fungerande konkurrens en avgörande roll för tillväxt och välfärd i samhället. Konkurrens och likvärdiga konkurrensvillkor utgör dessutom grunderna för att den internationella handeln och det europeiska samarbetet ska kunna utvecklas.⁸³ Samtidigt som EG:s konkurrensregler förbjuder konkurrenshämmande karteller och missbruk av marknadsdominans skapar immaterialrätten monopol i och med syftet att åstadkomma och skydda ensamrätter.⁸⁴ Rättsområdena visar sig därmed vara varandras motsatser och kan därmed ge upphov till konflikt. Jag ska i detta kapitel diskutera hur detta har hanterats från gemenskapens sida.

Ensamrätten som sådan kan inte angripas med stöd av konkurrensreglerna, utan är motiverad av flera tungt vägande skäl. Kommissionen har, så sent som i juli 2008, förklarat i sitt meddelande *En europeisk strategi för industriell äganderätt* att egendom i allmänhet är av stor betydelse för att marknadsekonomi ska fungera. Industriella rättigheter ger inte bara incitament att producera nya uppfinningar utan också möjlighet att bekämpa förfalskning och piratkopiering. Kommissionen menar vidare att industriella rättigheter kan ha en positiv inverkan på konkurrensen, dock under förutsättning att konkurrensreglerna tillämpas strikt så att inte rättigheterna missbrukas.⁸⁵ EG-domstolen har, som redovisats ovan i kapitel 5, i flera fall konstaterat att sådana konkurrensbegränsningar som är nödvändiga för att skydda varumärkesrättens särskilda syfte eller ändamål varken strider mot reglerna för varors fria rörlighet eller konkurrensreglerna.

I en färsk artikel från 2008 behandlar Lidgard relationen mellan immaterialrättskydd och konkurrensrätt och hur eventuella konflikter bör hanteras utifrån en juridisk utgångspunkt. Med hjälp av allmänna tolkningsgrundsatser vid lagkonflikt undersöker han huruvida man kan finna grund för att ge det ena rättsområdet företräde framför det andra. Hans slutsats blev att inget rättsområde kan anses ha företräde framför det andra. Däremot, eftersom immaterialrätten endast innehåller mycket rudimentära regler rörande hur rätten får utövas så kan konkurrensrätten användas för att ingripa i förhållanden där det inte är klart utsagt att området är undantaget från bedömningen. De konkurrensrättsliga reglerna kan med rätta tillämpas vid utövande av immaterialrätten eftersom denna inte självständigt täcker situationer där företag missbrukar sin marknadsstyrka. För att undanröja samhällsekonomiskt skadliga verkningar måste konkurrensrätten tillåtas komplettera dessa luckor. Lidgard förklarar vidare att den europeiska inställningen till vilka regler som ska ges företräde, de immaterialrättsliga eller de konkurrensrättsliga, har pendlat fram och tillbaka. För närvarande anser man dock att samarbeten som utgörs av prissamarbete, marknadsuppdelning och kvoteringar hämmar konkurrensen på ett allvarligt sätt och därmed ska vara förbjudna. Kunduppdelning, kopplingsförbehåll,

⁸³ Prop. 1992/93:56, s. 4 f.

⁸⁴ Koktvedgaard & Levin, *Immaterialrätt*, s 23.

⁸⁵ Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, *En europeisk strategi för industriell äganderätt*, s. 3-5.

konkurrensförbud och ”grant-back”-skyldigheter⁸⁶ betraktas som allvarliga, men faller inte alltid inom förbudets tillämpningsområde. I stället kan bedömningarna vid sådana samarbeten variera i varje enskilt fall.⁸⁷

6.1 Artikel 81 EG-fördraget och ensamrätten till varumärken

Nedan följer en genomgång av hur avtal kan beröra ensamrätten till varumärken och hur de kan falla in under bestämmelsen i artikel 81.1 i EG-fördraget.

Jag vill påminna om att det i det här sammanhanget finns två huvudtyper av avtal, nämligen *horisontella* och *vertikala*. Med horisontella menas avtal mellan aktörer i *samma* handelsled, dvs. mellan faktiska eller potentiella konkurrenter. Med vertikala menas avtal mellan aktörer i *olika* handelsled, dvs. mellan leverantörer, distributörer och detaljhandlare. Avtalen är inte förbjudna i sig, utan det är samarbetets syfte och effekter på konkurrensen i det aktuella fallet som avgör om de omfattas av förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget.⁸⁸

6.1.1 Horisontella avtal

I dag råder uppfattningen att horisontella samarbeten medför större risk för skadliga konkurrensbegränsningar än vertikala samarbeten.⁸⁹ En för denna framställning relevant typ av horisontellt samarbete är den som handlar om *gemensamt varumärke* och *gemensam marknadsföring*. Det händer nämligen ibland att företag i samma handelsled samverkar vad gäller inköpsarbete, marknadsföring och varumärken. Sådan samverkan är särskilt vanlig bland detaljhandelskedjor bestående av köpmannaägda butiker som säljer varor till konsumenter under gemensamt namn och profil. Eftersom kedjeföretagen kan vara faktiska eller potentiella konkurrenter kan förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget vara tillämpligt. Samarbetet kan dock falla utanför artikelns tillämpningsområde om det bidrar till att förbättra distributionen och att främja tekniskt och ekonomiskt framåtskridande.⁹⁰

Priset räknas ofta till det viktigaste konkurrensmedlet och minskad eller utebliven priskonkurrens leder vanligtvis till samhällsekonomiska förluster. Överenskommelser mellan företag som påverkar prispbildningen anses därför i regel hämma konkurrensen. Detta framgår av artikel 81.1 a i EG-fördraget. Standardavtal, som är vanliga vid samarbeten mellan företag, omfattas emellertid inte av artikel 81.1, i alla fall inte så länge de rör allmänna försäljnings- och leveransvillkor och inte i nämnvärd grad påverkar priset på produkterna.⁹¹

6.1.2 Vertikala avtal

Vertikala begränsningar är normalt mindre skadliga för konkurrensen än horisontella begränsningar. Vertikala begränsningar kan t.o.m. ha positiva effekter på konkurrensen t.ex. genom att främja konkurrens i andra avseenden än

⁸⁶ Klausul som ger licenstagaren skyldighet att ställa ev. förbättringar av produkten till licensgivarens förfogande, se punkt 20 i Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EUT nr L 031, 09/02/1996 s. 0002 – 0013.

⁸⁷ Lidgard, *Konkurrensrättsligt intrång i immaterialrättskyddat område*. I: Festskrift till Marianne Levin, s. 354-377.

⁸⁸ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 247 f och s. 506.

⁸⁹ A.a. s. 240 f.

⁹⁰ A.a. s. 247 f.

⁹¹ A.a. s 331 f.

priskonkurrens, t.ex. i form av kvalitet, service och tillgänglighet. I bedömningen om ett vertikalt avtal omfattas av förbudet i artikel 81.1 EG ska därför en avvägning mellan avtalets positiva och negativa effekter på konkurrensen göras. Tidigare ansåg kommissionen att vertikala samarbeten generellt sett begränsade konkurrensen eftersom återförsäljarnas handlingsfrihet begränsades. Kommissionens tolkning och tillämpning kritiserades eftersom den inte ansågs ta hänsyn till avtalets effekter i det enskilda fallet. Kritikerna menade att vertikala begränsningar skulle bedömas enligt en ekonomisk teori om hur marknaden såg ut. I dag är uppfattningen, vad gäller vertikala avtal, att det finns anledning att hysa farhågor från konkurrenssynpunkt endast om konkurrensen mellan olika varumärken är svag och det föreligger hinder för marknadsinträde.⁹²

Ensamrätten till varumärken kan vara föremål för vertikala samarbeten på olika sätt. Jag vill erinra om att min avsikt i denna framställning inte är att ge en uttömmande och detaljerad redogörelse för gränsdragningen mellan ensamrätten till varumärken och EG:s konkurrensregler, och att föresatsen i stället är att behandla problemet på ett enklare och mer övergripande sätt. Efter att ha studerat lagstiftning, doktrin och rättsfall på området har jag sett att konfliktsituationer, tänkbara eller faktiska, kan uppstå i en i princip obegränsad omfattning. Därför ska de situationer jag tar upp för att belysa i vilka sammanhang konflikten kan uppstå endast ses som ett litet och icke rangordnat urval av exempel.

Ett vertikalt samarbete kan ske genom *licensiering av varumärke*. Ett s.k. varumärkeslicensavtal innebär att ett företag som innehar ensamrätten till ett varumärke ger ett annat företag rätt att utnyttja varumärket vid tillverkning och försäljning av vissa produkter. Det kan t.ex. röra sig om avtal mellan varumärkesinnehavare och återförsäljare.⁹³ Varumärkeslicenser i sig tycks inte vara något problem ur konkurrenssynpunkt. Ibland kan dock varumärkesinnehavaren vilja skydda sig ytterligare vid upplåtande av en varumärkeslicens och upprättar genom avtalsklausuler begränsningar i licenstagarens rätt. Sådana förfaranden kan, om de anses vara konkurrensbegränsande, strida mot förbudet i artikel 81.1 i EG-fördraget.⁹⁴

Avtal om *begränsning avseende utnyttjandet av kännetecknet* kan strida mot artikel 81 i EG-fördraget om syftet med dem är att dela upp marknaden eller på annat sätt begränsa konkurrensen. Bestämmelser som ger licenstagare *förstärkt eller absolut områdesskydd* anses inom EG-rätten i mycket hög utsträckning utgöra en konkurrensbegränsning. Det förklaras närmast av EG-reglernas integrationsfrämjande syfte.⁹⁵ Redan i *Consten/Grundig*⁹⁶ ansågs således ett ensamåterförsäljaravtal som gav absolut områdesskydd strida mot artikel 81 i EG-fördraget (dåvarande artikel 85). Det kan dock finnas viss möjlighet att bestämmelser som ger absolut områdesskydd uppfyller förutsättningarna för undantag.⁹⁷

⁹² Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 361-374.

⁹³ A.a., s. 506.

⁹⁴ A.a., s. 420 f.

⁹⁵ A.a., s. 554.

⁹⁶ Förenade målen C-56/64 till C-58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*.

⁹⁷ A.a., s. 380, s. 450 och s.554 f.

En annan typ av vertikalt samarbete i vilket en varumärkesinnehavare kan delta är det som sker inom ramen för ett *franchiseavtal*. Ett sådant innebär att ett företag, franchisegivaren, mot ersättning upplåter rätten att driva verksamhet med användning av franchisegivarens immateriella rättigheter såsom varumärke, firma och know-how till ett annat företag, franchisetagaren. Franchiseavtal och upplåtande av ett helt koncept anses generellt medföra att företag besparas tunga investeringar och att butiker kan etableras snabbare och utan avsevärt risktagande. Det medför i sin tur ofta att utbudet av varor och tjänster förbättras och att mellanmärkeskonkurrensen (dvs. konkurrensen mellan tillverkare) stärks. Bestämmelser som är nödvändiga för att skydda franchisegivarens know-how omfattas i princip inte av förbudet i artikel 81.1 EG. Således godtas ofta t.ex. förbud för franchisetagaren att bedriva verksamhet som kan konkurrera med franchisenätet och förbud för franchisetagaren att överlåta sin butik utan samtycke från franchisegivaren. Även bestämmelser som är nödvändiga för att franchisegivaren skall kunna bibehålla konceptets profil och anseende godtas i regel. Således är t.ex. skyldigheter för franchisetagare att använda franchisegivarens know-how, att sälja produkterna enbart i speciellt utformade lokaler, att inhämta franchisegivarens samtycke för marknadsföring och reklam samt att enbart sälja produkter som levererats av franchisegivaren, ofta förenliga med artikel 81.1 EG.⁹⁸

Många företag väljer att distribuera sina varor genom vissa utvalda och auktoriserade återförsäljare. Eftersom vissa typer av försäljningsställen och återförsäljare då utesluts medför selektiva system en del konkurrensbegränsningar i form av minskad priskonkurrens. Trots detta framgår det av praxis att selektiva distributionssystem ofta faller utanför tillämpningen av artikel 81.1 i EG-fördraget eller uppfyller förutsättningarna för undantag enligt artikel 81.3. Avtalen omfattas dessutom numera av gruppundantaget för vertikala avtal (se nedan i kapitel 6.2.2.1). För att selektiva distributionsavtal ska vara godtagbara ställs dock ett antal krav. Återförsäljaren får t.ex. inte få väljas hursomhelst, utan ska väljas efter ”*objektiva kriterier av kvalitativ karaktär*”. Vidare måste produkten i fråga ha egenskaper som berättigar ett system med försäljning genom auktoriserade återförsäljare som förbjuds att sälja till icke auktoriserade försäljare. Varan ska ha egenskaper som kräver att återförsäljaren ger kunden service och information före försäljning för att varumärkets prestige ska bevaras. Det kan t.ex. röra sig om kosmetiska produkter eller elektroniska varor.⁹⁹

6.1.2.1 Gruppundantaget för vertikala avtal

Från förbudet mot konkurrensbegränsande avtal mellan företag gäller undantag för vissa grupper av avtal, så kallade gruppundantag.¹⁰⁰ Om den huvudsakliga delen i samarbetet utgörs av själva varumärkeslicensavtalet, kan i regel inte något gruppundantag tillämpas. Eftersom varumärkeslicenser oftast ingås i samband med distribution av varor eller tjänster så är i stället ofta det *vertikala gruppundantaget tillämpligt*.¹⁰¹ Inom EG gäller ett nytt gruppundantag för vertikala avtal gällande sedan den 1 juni 2000.¹⁰² Innebörden av detta är att när ett avtal omfattas av gruppundantag behöver inte avtalsparterna visa att avtalet i fråga uppfyller förutsättningarna i artikel

⁹⁸ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 476 f.

⁹⁹ A.a., s. 450 f.

¹⁰⁰ A.a., s. 229.

¹⁰¹ A.a., s. 552.

¹⁰² Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden samt a.a., s. 369.

81.3 i EG-fördraget¹⁰³. Gruppundantaget för vertikala avtal omfattar många typer av avtal, t.ex. ensamåterförsäljaravtal, exklusiva inköpsavtal, franchiseavtal och selektiva distributionsavtal samt kombinationer av sådana avtal. Tidigare omfattades inte selektiva distributionsavtal av gruppundantaget för vertikala avtal, men numera gör det alltså det. Kommissionen har även utfärdat ett *tillkännagivande med riktlinjer om vertikala begränsningar*¹⁰⁴ som beskriver hur Kommissionen bedömer vertikala avtal enligt artikel 81 i EG-fördraget.

6.2 Missbruk av dominerande ställning enligt artikel 82 EG och ensamrätten till varumärken

Ensamrätten till varumärken kan ge upphov till missbruk av dominerande ställning och falla in under bestämmelsen i artikel 82 i EG-fördraget på flera sätt.

En underlåtenhet att bevilja licens från ett dominerande företags sida skulle till exempel kunna betraktas som en obefogad vägran och falla under artikel 82 i EG-fördraget. EG-domstolen har dock fastslagit att immaterialrätter trots allt innebär att man får utestänga andra och att det inte finns någon allmän skyldighet att överlåta licenser. Det innebär att det inte räcker med att ett dominerande företag vägrar att överlåta en licens för att man ska kunna påvisa ett brott mot artikel 82 i EG-fördraget.¹⁰⁵ En typ av missbruk som däremot ses som allvarlig rent generellt är när en dominerande leverantör tar ut oskäligt höga priser för varorna.¹⁰⁶ Att ta ut överpris för själva upplåtandet av varumärkeslicensen anses också utgöra missbruk.¹⁰⁷

Kommissionen har funnit att ett företag som har en dominerande ställning i en medlemsstat kan missbruka sin ställning i strid med artikel 82 i EG-fördraget genom att i hemlandet registrera ett varumärke som en konkurrent redan använder i en annan medlemsstat. Ett sådant förfarande försvårar nämligen för konkurrenten att etablera sig på det dominerande företagets hemmamarknad.¹⁰⁸

Det mest aktuella mål jag har hittat i praxis som berör gränsdragningen mellan ensamrätten till varumärken och missbruk av dominerande ställning är *DSD-målet*¹⁰⁹. Målet togs upp redan 2001 men överklagades och avgjordes slutligen i Förstainstansrätten år 2007. Målet gällde huruvida det tyska företaget Duales System Deutschland, DSD, hade använt sig av varumärkesrätten för att missbruka sin dominerande ställning. Omständigheterna var följande: År 1991 utfärdades i Tyskland en s.k. ”förpackningsförordning” som ålade tillverkare och distributörer att återta och återvinna de konsumentförpackningar som de hade distribuerat. Företagen gavs i princip två möjligheter att fullgöra sina skyldigheter. Den ena var att kostnadsfritt och för återvinning återta använda förpackningar på inköpsstället eller i dess omedelbara närhet (ett eget insamlingsystem). Det andra var att delta i ett system

¹⁰³ A.a., s. 229.

¹⁰⁴ *Tillkännagivande från Kommissionen. Riktlinjer om vertikala begränsningar*, EGT nr C 291, 13.10.2000 s. 1.

¹⁰⁵ Mål C-238/87, *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.*, [1988] ECR, s. 06211.

¹⁰⁶ Mål C-27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*, [1978] ECR, s. 00207.

¹⁰⁷ Arbetsdokument från Kommissionens avdelningar, *Eventuellt missbruk av varumärkesrättigheter i EU inom ramen för Gemenskapskonsumtionen*, (SEK [2003] 575, 21.5.2003, s. 14.

¹⁰⁸ Wetter m.fl., *Konkurrensrätt. En handbok*, s. 647.

¹⁰⁹ Mål T-289/01, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot Europeiska kommissionen*, REG 2007, s. II-01691

för hantering av en heltäckande och regelbunden insamling av använda förpackningar hos konsumenten eller i närheten av dennes bostad (ett s.k. *undantagssystem*). Om ett företag valde att ansluta sig till ett undantagssystem var man tvungna att märka sina förpackningar för att tillkännage för konsumenterna att man använde sig av undantagssystemet. DSD var det enda företaget i Tyskland som hade ett heltäckande system för insamling och återvinning av förpackningar enligt undantagssystemet. För att kunna delta i DSD: s system var företagen emellertid tvungna att ingå ett märkesanvändningsavtal. Avtalet gav företagen, mot erläggande av en avgift, rätten att använda det av DSD registrerade märket ”Der Grüne Punkt” på sina förpackningar. Genom märkningen befriades företagen från sin individuella insamlings- och återvinningskyldighet.¹¹⁰

Detta fall visar hur en varumärkesinnehavare kan använda sitt varumärke för att missbruka en dominerande ställning. Egentligen var det inte fråga om en oskäligt hög licensavgift för rätten att använda ett varumärke utan snarare om att DSD använde sitt varumärke ”Der Grüne Punkt” (vilket tillverkare och distributörer i princip var tvungna att använda) för att kunna *ta ut ett pris för en tjänst som inte stod i relation till kostnaderna för densamma*. Skälet till att företagen i princip inte kunde avstå från att delta i DSD: s system var att det var det enda heltäckande godtagbara undantagssystemet samt att företagen hade mycket svårt att uppfylla de i förordningen uppställda kvoterna om de bara kunde använda ett eget insamlingssystem. För de flesta företag var det dessutom, pga. höga merkostnader, ogenomförbart att låta bli att märka de förpackningar som samlades in på annat sätt än genom DSD: s system. Pga. DSD: s villkor skulle anlita av ett annat avfallshanteringsföretag medföra att företaget betalade för en tjänst två gånger. Den mest rimliga lösningen för tillverkare och distributörer var därför att enbart anlita DSD för sina tjänster. Kommissionen ansåg att detta förhållande skulle kunna leda till att andra befintliga mindre konkurrenter slogs ut och att potentiella konkurrenter hindrades från att ta sig in på marknaden.¹¹¹

DSD: s åtgärder klassades som missbruk genom ett beslut av Kommissionen år 2001. Målet överklagades till Förstainstansrätten och avgjordes slutligen år 2007. DSD hade i sitt överklagande bl.a. åberopat varumärkesintrång på grund av att vissa företag använde deras kännetecken ”Der Grüne Punkt” gemensamt med andra kännetecken eller angivande av metoder om andra möjligheter till återvinning enligt självständiga eller konkurrerande kollektiva system. Förstainstansrätten godtog dock inte detta argument, eftersom kombinerade system inte ansågs inverka menligt på varumärket Der Grüne Punkts väsentliga funktion. Förstainstansrätten tyckte inte att argumentet kunde rättfärdiga missbruket av DSD: s dominerande ställning och talan ogillades således. De tyckte att DSD som hade en dominerande ställning lade hinder i vägen för sina konkurrenter genom att juridiskt eller faktiskt binda kunderna till de egna tjänsterna och därigenom hindra dem från att anlita konkurrerande företag.¹¹²

Jag är tveksam till huruvida DSD: s åtgärder bör betraktas som missbruk eftersom detta betyder att varumärkesrätten försvagas relativt mycket. På detta sätt kan ju

¹¹⁰ Mål T-289/01, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot Europeiska kommissionen*, p. 1-6 och 14-15.

¹¹¹ 2001/463/EG, *Kommissionens beslut av den 20 april 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget*, EGT L 166, 21.6.2001, s. 1-24.

¹¹² Mål T-289/01, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot Europeiska kommissionen*, p. 120-122.

företagen förse sina förpackningar med annans varumärke utan att behöva betala licensavgift. Däremot tycker jag att DSD faktiskt lade hinder i vägen för sina konkurrenter genom att binda kunderna till de egna tjänsterna och därmed hindra dem från att anlita konkurrerande företag.

7. Slutsatser

7.1 Gränsdragningen mellan ensamrätten till varumärket och skyddet för fri rörlighet för varor

Jag ska i det här kapitlet dra mina egna slutsatser av gränsdragningen mellan de olika rättsområdena. Till att börja med hade kanske inte EG alls kunnat uppnå målet med att skapa en inre marknad inom EU med fri rörlighet för varor och avskaffa de handelshinder som ensamrätten för varumärken kan utgöra utan att hindras av territorialitetsprincipen, om inte EG-domstolen hade funnit lösningen genom att skilja på existensen och utövandet av en immaterialrätt. Utgångspunkten har därefter varit att *existensen* av en nationell ensamrätt inte kan begränsas, men att *utövandet* av densamma mycket väl kan träffas av EG-rättsliga regleringar. EG-domstolen har på detta sätt gjort sig behörig att avgöra när utövande av ensamrätt till varumärken är berättigat och i vilka fall det kan anses hindra den fria rörligheten för varor eller snedvräda konkurrensen.

Enligt min mening torde skiljandet på existens och utövande vara ganska märkligt sett ur en varumärkesinnehavares ögon. Vad gäller rättigheter är väl möjligheten att *utöva* dem långt viktigare än att endast *inneha* dem. Jag vet samtidigt att det är få rättigheter som inte begränsas på något sätt. Den inre marknaden skulle knappast kunna fungera på det sätt som är tänkt om man inte hade åstadkommit denna möjlighet att undanröja de hinder som varumärkesrätten i vissa fall kan utgöra för den fria rörligheten för varor. Hursomhelst tycker jag inte att skyddet för den fria rörligheten för varor *alltid* bör tillåtas gå före varumärkesskyddet. Under uppsatsens gång har det framkommit att undantag från den fria rörligheten också kan göras enligt artikel 30 i EG-fördraget, om det anses berättigat för att skydda det *särskilda föremålet* för varumärkesrätten. Med det särskilda föremålet menas syftet med varumärkesrätten, som är att garantera för konsumenten att varan verkligen har sitt ursprung hos varumärkesinnehavaren. På detta sätt ska ingen tvekan råda om vem som har ansvaret för varans kvalitet. Konsumenterna får heller inte vilseledas. Två varumärken ska därför inte tillåtas vara så lika att konsumenterna riskerar att förväxla dem. EG-domstolen har kommit fram till att den varumärkesrättsliga konsumtionen inte hindrar en varumärkesinnehavare från att stoppa import av produkter med förväxlingsbara kännetecken som omsatts inom EU. I dessa fall kan undantagsbestämmelsen i artikel 30 EG åberopas. På samma grunder, dvs. för att inte vilseleda konsumenterna i fråga om varors ursprung, får inte heller ompaketering och ommärkning ske hur som helst av varumärkesskyddade varor. Däremot har både ommärkning och ompaketering visat sig vara tillåtet om det är *motiverat utifrån ett konsumentintresse*. Att inte kunna importera en så viktig vara som läkemedel, som dessutom skiljer mycket i pris mellan olika länder, skulle förhindra rörligheten för varor. Detta tycker jag är bra, eftersom det skulle medföra stora hälsorisker att inte tillåta ommärkning av denna typ av varor. På grund av de olika språk som talas inom EU, måste ju innehållsförteckningar och anvisningar på läkemedelsförpackningarna översättas för att inte medföra fara för konsumenterna och i sådana fall är ommärkning av naturliga skäl särskilt motiverad. Omständigheterna kan vara många, och EG-domstolen försöker att i varje enskilt fall göra en avvägning mellan de motstridiga intressena, så att varumärkesrättens särskilda föremål och konsumentskyddet bibehålls utan att den fria rörligheten för varor hindras.

I fråga om konsumtion av varumärkesrättigheter inom EU har nationell konsumtion sedan länge fått ge vika för regional konsumtion. Regional konsumtion innebär att varumärkesinnehavarens ensamrätt sträcker sig till rättigheten att vara den som först kan föra ut varan på marknaden inom EES. Därefter utsläcks rätten och innehavaren kan inte längre hindra att någon annan använder varumärket, trots att varumärkesinnehavare i dagens stora informationsutbud har stora utgifter både för marknadsföring av varumärket så att det syns i mängden, med också för att bygga upp företagets image.

Regional konsumtion har kritiserats på sina håll eftersom den medför att varumärkesinnehavare har rätt att förhindra import av varor från lågprisländer till EU. Argumenten för global konsumtion har således varit att den skulle medföra lägre priser. Efter omfattande undersökningar på uppdrag av Kommissionen har emellertid global konsumtions ansetts innebära långt fler nackdelar än fördelar, t.ex. risker för sänkt kvalitet på varorna, risk för förfälskning och piratkopiering men inga egentliga prissänkningar.

Avsikten med konsumtionsregeln är att hindra varumärkesinnehavare att dela upp marknaderna. Detta har lett till att det i flera fall är tillåtet att använda annans varumärke i reklam. Ett exempel är att varumärken får användas *i upplysande syfte* vid reklam för försäljning och reparationer av bilar. Om inte rätten att använda varumärket i marknadsföring fanns skulle det ju bli svårare att sälja varorna och man anser att detta i slutändan skulle äventyra konsumtionsregelns syfte. Gränsen går dock om annans användning ”på ett otillbörligt sätt utnyttjar varumärkets renommé” (artikel 5.2 i Varumärkesdirektivet).

Sammanfattningsvis är skyddet för fri rörlighet för varor är mycket långtgående och kan bara under särskilda förutsättningar åsidosättas till förmån för ensamrätten till varumärken. Samhällsekonomiska fördelar och konsumentintressen har större tyngd vid konflikter än skyddet för ensamrätten till varumärken. Varumärkesinnehavarens möjligheter att hindra annans användning av varumärket är inte särskilt stora. Vad gäller konsumtion av varumärkesrättigheter, så har jag förståelse för att ensamrätten utsläcks på det här sättet eftersom den fria rörligheten för varor annars skulle hindras. Samtidigt tror jag att företagandet kan hämmas eftersom konsumtion av varumärkesrättigheter och parallellimport gör det svårare för varumärkesinnehavarna att skörda frukterna av sina investeringar. Avvägningen är inte lätt att göra. Det tycks i alla fall som att man från gemenskapens sida har uppmärksammat att dagens kunskapsbaserade ekonomi har ett behov av att säkerställa och förstärka skyddet både för ensamrätten till varumärken men också för immateriella rättigheter i allmänhet. Det återstår att se hur detta kan påverka gränsdragningens utveckling under de närmaste åren. För att dra paralleller till andra delar av immaterialrätten, vill jag nämna diskussionerna som förs kring den i Sverige föreslagna lagen om fildelning som skulle innebära ett stärkande av den svenska upphovsrätten. Jag menar att tendenserna pekar åt att immateriella rättigheter i allmänhet håller på att få en starkare ställning, och kanske kommer detta även att gynna varumärkesinnehavarna.

7.2 Gränsdragningen mellan ensamrätten till varumärken och EG:s konkurrensregler

Jag har i under uppsatsens gång kommit fram till att det vid lagkonflikt mellan immaterialrättskydd och konkurrensrätt inte finns någon för att ge det ena rättsområdet företräde framför det andra. Däremot har jag sett att på grund av att

immaterialrätten inte självständigt täcker situationer där företag missbrukar sin marknadsmakt, så måste de konkurrensrättsliga reglerna beaktas vid konflikt mellan de båda rättsområden. Jag har vidare visat att en effektiv konkurrens är ett av gemenskapens viktigaste och mest grundläggande mål och att konkurrensreglerna därför ska tillämpas strikt så att inte missbruk tillåts. De möjligheter till undantag som ges genom artikel 81.3 i EG-fördraget samt det nya gruppundantaget för vertikala avtal gör emellertid att företagens ageranden inte nödvändigtvis behöver inskränkas om de faktiskt medför fördelar och konkurrens gynnande effekter som överväger skadorna på konkurrensen. Här tycker jag att man har hittat en bra väg att gå vad gäller gränsdragningen.

Förbjudna samarbeten mellan företag regleras i artikel 81 i EG-fördraget. Var exakt gränsen går i praktiken för vad en varumärkesinnehavare får göra, t.ex. vad denne kan föreskriva i ett licensavtal, är icke desto mindre en besvärlig konkurrensrättslig fråga som kräver avvägningar mellan avtalets positiva och negativa effekter. Det finns olika typer av avtal som ger möjligheter för varumärkesinnehavare att upplåta rätten till varumärket, s.k. varumärkeslicensavtal. Sådana avtal kan delas in i två huvudgrupper beroende på mellan vilka handelsled de ingår. Rent allmänt kan sägas att samarbeten mellan konkurrenter i s.k. horisontella avtal anses vara mer skadliga för konkurrensen än vertikala avtal. Prissamarbeten anses vara särskilt konkurrenshämmande och strider därför i regel mot artikel 81.1 i EG-fördraget. Tidigare ansåg Kommissionen i många fall att även vertikala samarbeten hämmar konkurrensen. Man menade att återförsäljarnas handlingsfrihet begränsades med sådana avtal. I dag är uppfattningen däremot att dessa avtal faktiskt kan ha positiva effekter på konkurrensen. De kan gagna konkurrens mellan företag i andra avseenden än genom pristävlan, vilket gagnar kvalitet, service och tillgänglighet på och av varor.

Vad gäller avtalsklausuler i varumärkeslicensavtal har jag sett att det gäller att göra en bedömning utifrån det enskilda fallet. Det finns många möjligheter att begränsa licenstagarens rätt. För att belysa när sådana begränsningar anses konkurrensbegränsande eller inte ska jag ge några exempel utifrån vad som framkommit i uppsatsen.

Till att börja med så kan avtal om *begränsning avseende utnyttjandet* av kännetecknet strida mot artikel 81.1 i EG-fördraget om syftet är att dela upp marknaden eller på annat sätt begränsa konkurrensen.

Bestämmelser som ger licenstagare *förstärkt eller absolut områdesskydd* anses inom EG-rätten i mycket hög utsträckning utgöra en konkurrensbegränsning. Det förklaras närmast av EG-reglernas allmänna integrationsfrämjande syfte. Franchiseavtal anses generellt medföra att företag besparas tunga investeringar och att butiker kan etableras snabbare vilket i sin tur ofta medför att utbudet av varor och tjänster förbättras och att konkurrensen mellan tillverkare stärks.

Vissa produkter säljs under särskilda former, t.ex. genom att distributören ger kunden service före försäljning. För kosmetiska produkter kan detta garantera att servicen vid försäljningen överensstämmer med det berörda märkets image och att kunderna får fullständig information och rådgivning om den produkt de köper. Ett annat exempel kan vara elektroniska varor som kunden måste få teknisk information och rådgivning om före köpet. Överenskommelser mellan varumärkeslicensinnehavaren och

auktoriserade distributörer om försäljning under sådana former *selektiva distributionsavtal*. Det kan tänkas att en kund vänder sig till en auktoriserad distributör för att få information om produkten för att sedan köpa den av en distributör som kan sälja billigare eftersom han inte tillhandahåller någon service före försäljning. För att kringgå detta kan varumärkesinnehavare använda sig av detta avtal. Avtalet är inte olagligt om återförsäljaren väljs efter objektiva kriterier och om produkten i fråga berättigar en försäljning genom ett sådant system. Eftersom vissa typer av försäljningsställen och återförsäljare utesluts medför dock dessa selektiva system en del konkurrensbegränsningar främst i form av minskad priskonkurrens. Det kan bli svårt för lågprisföretag att få tillgång till varorna.

Artikel 82 i EG-fördraget reglerar missbruk av dominerande ställning. Ensamrätten till varumärken kan ge upphov till ett snedvridande av konkurrensen genom missbruk av dominerande ställning och falla in under bestämmelsen i artikel 82 i EG-fördraget på flera sätt. En underlåtenhet från ett dominerande företags sida att bevilja licens skulle t.ex. kunna betraktas som en obefogad vägran och falla under artikel 82 i EG-fördraget. EG-domstolen har dock fastslagit att immaterialrätter trots allt innebär att man får utestänga andra och att det inte finns någon allmän skyldighet att överlåta licenser. En typ av missbruk som däremot ses som allvarlig rent generellt är när en dominerande leverantör tar ut oskäligt höga priser för varorna eller överpris på själva varumärkeslicensen. Många gånger får det dock avgöras från fall till fall huruvida en dominerande ställning utgör missbruk eller inte.

Beslutet i *DSD-målet*¹¹³, där DSD:s åtgärder klassades som missbruk kan tyckas ge ett svagt skydd åt varumärkesrätten. Det innebär ju att företag kommer att kunna förse sina förpackningar med annans varumärke utan att betala licensavgift. Gränsdragningen är emellertid inte lätt. Eftersom det är ekonomiskt fördelaktigt att kunna använda samma förpackning i flera länder är det är vanligt med flerspråkiga förpackningar på marknaden. Det vore helt orimligt att erlagga licensavgifter för samtliga förpackningar oavsett var de hamnar. Trots allt lade DSD i nämnda mål, med sin dominerande ställning ett faktiskt hinder i vägen för sina konkurrenter genom att juridiskt eller faktiskt binda kunderna till de egna tjänsterna och därigenom hindra dem från att anlita konkurrerande företag.

¹¹³ Mål T-289/01, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot Europeiska kommissionen*.

Källförteckning

Litteratur

Craig, Paul & de Búrca, Grainne, *EU Law – Text, Cases and Materials* (4th edition), Oxford University Press, Oxford 2008

Granmar, C, *Varumärkeskydd*, Jure Förlag AB, Stockholm 2003

Koktvedgaard, M & Levin, M, *Lärobok i Immaterialrätt* (sjunde upplagan), Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002

Levin, M & Wessman, R, *Varumärkesrättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm 1996

Lidgard, H H, *Konkurrensrättsligt intrång i immaterialrättsligt skyddat område*. I: Festskrift till Marianne Levin, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2008, s. 353-379

Melin, F & Urde, M, *Varumärket: En Hotad Tillgång : Varumärkesdegeneration - Framgångens Pris*, Liber AB, Stockholm 1990

Nordell, P-J, *Varumärkesrättens skyddsobjekt. Om ordkännetecknets mening och referens*, Stiftelsen MercurIUS, Stockholm 2004

Wetter, C, Karlsson, J, Rislund, O, Östman, M, *Konkurrensrätt. En handbok* (tredje upplagan), Thomson Fakta AB, Stockholm 2004

Artiklar

Lidgard, H-H, *Regional konsumtion i EU hindrar parallellimport från lågprisländer*, ERT g, 1998

Rättsfall

EG-domstolen

Förenade målen C-56/64 och 58/64, *Établissements Consten S.à.R.L. and Grundig-Verkaufs-GmbH v Commission of the European Economic Community*, [1966] ECR s. 00299

Mål C-5/69, *Franz Völk v S.P.R.L. Ets J. Vervaecke*, [1974] ECR, s. 00295

Mål C-8/74 *Procureur du Roi v Benoît and Gustave Dassonville*, [1974] ECR, s. 00837

Mål C-16/74, *Centrafarm BV and Adriaan de Peijper v Wintthrop BV.*, [1974] ECR, s. 01183

Mål C-119/75, *Terrapin (Overseas) Ltd. v Terranova Industrie CA Kapferer & Co.*, [1976] ECR, s. 01039

Mål C-27/76, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v Commission of the European Communities*, [1978] ECR, s. 00207.

Mål C-102/77, *Hoffmann-La Roche & Co. v. Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse GmbH*, [1978] ECR, s. 01139.

Mål C-120/78, *Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntweinden*, [1979] ECR, s. 00649

Förenade målen C-205-215/82, *Deutsche Milchkontor GmbH and others v Federal Republic of Germany*. [1983] ECR, s. 02633

Mål C-229/83, *Association des Centres distributeurs Édouard Leclerc and others v SARL "Aublé vert" and others*, [1985] ECR, s. 00001

Mål 193/83, *Windsurfing International Inc. v Commission of the European Communities*, [1986] ECR, s. 611

Mål C-238/87, *AB Volvo v Erik Veng (UK) Ltd.*, [1988] ECR, s. 06211

Mål C-208/90, *Theresa Emmott v Minister for Social Welfare and Attorney General*, [1991] ECR, s. I-04269

Mål C-317/91, *Deutsche Renault AG v AUDI AG*, [1993] ECR, s. I-06227

Mål 9/93, *IHT Internationale Heiztechnik GmbH och Uwe Danzinger mot Ideal-Standard GmbH och Wabco Standard GmbH*, [1994] ECR, s. I-02789

Mål C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH och Michael Orth*, REG 1998, s. I-4799

Mål C-63/97, *Bayerische Motorenwerke AG (BMW) och BMW Nederland BV mot Ronald Karel Deenik*, REG 1999, s. I-00905

Förenade målen C-300/98 till C-392/98, *Parfums Christian Dior SA mot TUK Consultancy BV och Assco Gerüste GmbH och Rob van Dijk mot Wilhelm Layher GmbH & Co. KG och Layher BV*, REG 2000, s. I-11307

Förenade målen C-414/99 till C-416/99, *Zino Davidoff SA mot A & G Imports Ltd och Levi Strauss & Co. m.fl. mot Tesco Stores Ltd m.fl.*, REG 2001, s. I-8691

Mål 244/00, *Van Doren + Q. GmbH mot Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH och Michael Orth.*, p. 41, REG 2003 s. I-03051

Förstainstansrätten

Mål T-289/01, *Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland GmbH mot Europeiska kommissionen*, REG 2007, s. II-01691

Förslag till avgörande

Generaladvokat Stix-Hackls förslag till avgörande i mål 244/00, *Van Doren + Q. GmbH mot Lifestyle sports + sportswear Handelsgesellschaft mbH och Michael Orth*. 18 juni 2002

Offentligt tryck

EU

Lagstiftning

EG-fördraget

Direktiv

Rådets direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar, EGT L 40, 11.2.1989, s. 1–7

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/48/EG av den 29 april 2004 om säkerställande av skyddet för immateriella rättigheter, EUT L 157, 30.4.2004, s. 45–86

Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/95/EG av den 22 oktober 2008 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar. EUT L 299, 8.11.2008, s. 25–33

Förordningar

Rådets förordning (EEG) nr 40/94 av den 20 december 1993 om gemenskapsvarumärken, EGT L 11, 14.1.1994, s. 1–36

Rådets förordning (EG) nr 1/2003 av den 16 september 2002 – om tillämpning av konkurrensreglerna i artiklarna 81 och 82 i fördraget, EGT L 1, 4.1.2003, s. 1–25

Kommissionens förordning (EG) nr 2790/1999 av den 22 december 1999 om tillämpningen av artikel 81.3 i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT L 336, 29.12.1999, s. 21–25

Kommissionens förordning (EG) nr 240/96 av den 31 januari 1996 om tillämpning av fördragets artikel 85.3 på vissa grupper av avtal om tekniköverföring, EUT nr L 031, 09/02/1996, s. 0002 – 0013

Meddelanden, yttranden, strategirapporter och tillkännagivanden från Kommissionen och Rådet

2001/463/EG, Kommissionens beslut av den 20 april 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, EGT L 166, 21.6.2001, s. 1–24

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet och Europeiska ekonomiska och sociala kommittén - En europeisk strategi för industriell äganderätt, KOM/2008/0465

Rådets beslut 2003/793/EG om godkännande av Europeiska gemenskapens anslutning till protokollet till Madridöverenskommelsen om den internationella registreringen av varumärken, EUT L 296, 14.11.2003, s. 20–21

Europeiska gemenskapernas kommission, 16.7.2008. Strategirapport om den förnyade Lissabonstrategin för tillväxt och sysselsättning: start för den nya treårsperioden (2008–2011) Att hålla förändringstempot uppe” KOM(2007) 803 slutlig DEL I

Tillkännagivande från Kommissionen om avtal av mindre betydelse som inte märkbart begränsar konkurrensen enligt artikel 81.1 i Fördraget, EGT nr C 368, 22.12.2001

Tillkännagivande från Kommissionen. Riktlinjer om vertikala begränsningar, 2000/C 291/01

2001/463/EG, Kommissionens beslut av den 20 april 2001 om ett förfarande enligt artikel 82 i EG-fördraget, EGT L 166, 21.6.2001, s. 1–24

Kommissionens tillkännagivande om definitionen av relevant marknad i gemenskapens konkurrenslagstiftning, 1997/C 372/03

Yttrande från Ekonomiska och sociala kommittén om ”Konsumtion av de rättigheter som är knutna till ett varumärke”, 2001/C 123/05, EUT 25.4.2001

Sverige

Prop. 1992/93:56. Ny konkurrenslagstiftning

SOU 2004:131. Konkurrensbrott – En lagstiftningsmodell

Internet

Sveriges Riksdag. Eu-upplysningen, Den gemensamma marknaden. 2007-02-01. (2008-10-30)

Internetadress:

http://www.eu-upplysningen.se/upload/dokument/OH-bilder/Den_gemensamma_marknaden_anteckningsidor_PDF.pdf

Europaparlamentet, Faktablad från Europaparlamentet. Immaterialrätt och industriell och kommersiell äganderätt. 2000-11-10. (2008-11-13)

Internetadress:

http://www.europarl.europa.eu/factsheets/3_4_4_sv.htm

Europeiska gemenskapernas kommission, Arbetsdokument från Kommissionens avdelningar, Eventuellt missbruk av varumärkesrättigheter i EU inom ramen för gemenskapskonsumtionen, SEK(2003) 575. 21.5.2003. (2008-12-05)

Internetadress:

http://ec.europa.eu/internal_market/indprop/docs/tm/sec-2003-575_sv.pdf