

SNARLIK EFTERBILDNING – OTILLBÖRLIGT FÖRFARANDE ELLER UTTRYCK FÖR KONKURRENSFRIHET?

LOOK-ALIKE IMITATION – UNFAIR COMMERCIAL PRACTICE OR AN EXPRESSION OF THE FREEDOM OF COMPETITION?

Jessica Samelin¹

Keywords:

intellectual property law, unfair competition, look-alike, likelihood of confusion

Nyckelord:

immateriell rätt, marknadsrätt, otillbörligt förfarande i näringsverksamhet, snarlik efterbildning, förväxlingsrisk

ABSTRACT

Look-alike or copycat products are products where distinctive features of a third product's design are imitated in order to appeal to the branded product's consumers. Depending on how extensively the original design is imitated, look-alike products may not consistently create a likelihood of confusion. Look-alike products may regardless cause a decline in sales of the branded product and may as well cause badwill and hence dilute the original product's reputation. Meanwhile, look-alike products do also increase price competition to the advantage of the consumer.

This article analyzes whether look-alike products not creating a likelihood of confusion constitute an unfair commercial practice or whether these products solely expresses the of freedom of competition. The analysis is conducted in the light of the Finnish Unfair Business Practice Act 1061/1978 and related case law, as the main legal remedies available for imitations not causing a likelihood of confusion are regulated in the general clause of the Act. Additionally, by constructing a Nordic comparative perspective, the article analyzes whether the Finnish protection against look-alike products should be more efficient.

This article shows that the Finnish Market Court's interpretation of the general clause in the Unfair Business Practice Act varies enormously. The article stresses that the Market Court's interpretation must, due to the rule of law, be uniform. A uniform interpretation can be reached by adapting a different interpretation of the clause as well as by amending the clause itself. Further, as issues relating to the relations between undertakings, and thus look-alike products, have not been harmonized, a harmonization on EU level is recommended.

INNEHÅLL

1. Introduktion
2. Snarlika efterbildningar i marknadsrättens ljus
 - 2.1 Renommésnylting
 - 2.2 Inget skydd utan förväxlingsrisk?
 - 2.3 Skydd utan förväxlingsrisk i de nordiska länderna
3. Utveckling av skyddet mot efterbildning
 - 3.1 Marknadsrättslig intresseavvägning
 - 3.2 Omformulering av generalklausulen
 - 3.3 Ändring i marknadsdomstolens tolkning
 - 3.4 Harmonisering inom EU
5. Källor
6. Rättsfall

¹ The author is an Associate at Avance Attorneys Ltd. This article is based on the author's Master's Thesis Snarlik efterbildning av produktutformning written at the Faculty of Law of the University of Helsinki.

I. INTRODUKTION

Utgångsläget på dagens marknad är att näringsidkare försöker locka konsumenter genom att skapa ett gott anseende för sin produkt och på så sätt särskilja sig från konkurrenterna. På marknaden finns det därutöver även näringsidkare som verkar utgående från en efterbildande affärsstrategi. Dessa näringsidkare strävar inte efter att urskilja sig från sina konkurrenter, utan deras mål är snarare att efterbilda konkurrenternas produkter i ett försök att utnyttja det goodwill-värde² som konkurrenternas produkter möjligtvis har.

Huvudregeln i det finländska rättssystemet är att det råder konkurrensfrihet mellan näringsidkare. Konkurrensfriheten innebär att efterbildning och kopiering som ligger utanför immaterialrättens och marknadsrättens speciallagstiftningar är tillåten. Det är alltså tillåtet att efterbilda en annan näringsidkares produkt, så länge som efterbildningen inte gör intrång i den andras immateriella rättigheter eller strider mot god affärssed. En efterbildande handling kan med andra ord förbjudas utifrån speciallagstiftningarna först när handlingen gör intrång i en annans ensamrätt, eller utgör ett otillbörligt förfarande i näringsverksamhet.³

Snarlika efterbildningar efterbildar utformningen av andra näringsidkares produkter, utan att vara exakta kopior. Syftet är ofta att utnyttja den efterbildade näringsidkarens goodwill-värde och nå ut till denna näringsidkares konsumenter. Snarlika efterbildningar är alltså utformade för att efterbilda en annan, oftast väl känd, näringsidkares produkts namn, utseende eller helhetsintryck. Snarlika produkter benämns i Finland med den engelska termen *look-alike*.⁴ I denna artikel används genomgående det svenska begreppet snarlik efterbildning, eftersom syftet med artikeln är att introducera begreppet snarlik efterbildning i den svenskspråkiga rättsvetenskapen.

En undersökning gjord i Storbritannien år 2009 med över 1000 deltagare visar att 33 % av personerna som svarade på undersökningen någon gång hade köpt en snarlik efterbildning när de ämnade att köpa originalprodukten.⁵ Det finns alltså en reell marknad för snarlika efterbildningar.

Likväl är snarlika efterbildningar problematiska ur ett juridiskt perspektiv. De befinner sig i gränslandet mellan tillåten och otillbörlig efterbildning. Till skillnad från produktförfalskningar och andra efterbildande varor som skapar en förväxlingsrisk är försäljningen av snarlika efterbildningar idag tillåten i Finland om produkterna inte gör intrång i en immateriell ensamrätt

eller är utgör ett otillbörligt förfarande i näringsverksamhet, eller är utgör ett otillbörligt förfarande i näringsverksamhet.

I denna artikel analyseras huruvida de snarlika efterbildningarna som inte skapar en förväxlingsrisk rör sig på konkurrensfrihetens område eller om de de facto utgör ett otillbörligt förfarande på marknaden, i ljuset av marknadsrätten. Dessutom bedöms genom att anlägga ett nordiskt komparativt perspektiv huruvida skyddet mot snarlik efterbildning i den finländska rätten behöver stärkas och göras effektivare. Den marknadsrättsliga regleringen härstammar från Lagen om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet 1061/1978 (OtillbFörfL) vilket leder till att just OtillbFörfL samt rättspraxis baserat på denna är i fokus för analysen. Samtidigt kommer också analogier göras till immaterialrätten.

2. SNARLIKA EFTERBILDNINGAR I MARKNADSRÄTTENS LJUS

2.1 Renommésnyltning

Syftet med OtillbFörfL är att skydda en näringsidkare mot en annan näringsidkares otillbörliga förfarande.⁶ En näringsidkare ska inte få påverka en annan näringsidkares ställning genom förfaranden som anses oacceptabla.⁷ I avgörandet MD 269/13 har marknadsdomstolen dock konstaterat att syftet med lagen inte är att skydda näringsidkare från konkurrens i sig.⁸ Likväl torde OtillbFörfL innehålla de bestämmelser som är mest tillämpliga på snarlik efterbildning.

OtillbFörfL 1.1§ är en marknadsrättslig⁹ generalklausul som förbjuder all näringsverksamhet som strider mot god affärssed eller annars är otillbörlig mot annan näringsidkare. God affärssed har definierats som ett ärligt och samvetsgrant förfarande som både konkurrenter och konsumenter kan acceptera. Begreppet är dock flexibelt och uppfattningen om vad som är god affärssed kan ändras i takt med att de samhällsliga normerna ändras.¹⁰

Generalklausulen har ett brett tillämpningsområde. Rättslärda anser att till generalklausulens tillämpningsområde hör efterbildning av annans produkt, produktförpackning eller produktnamn om helhetsintrycket orsakar en förväxlingsrisk.¹¹ Enligt högsta domstolens avgörande HD 2004:32 begränsas inte generalklausulens formulering endast till marknadsföring av produkter

2 Goodwill-värdet är det mervärde en näringsidkare eller en produkt får genom jämn och medveten produktutveckling och marknadsföring. Se exempelvis Nordell 2003, s. 18 ff.

3 Se Salmi m.fl. 2008, s. 83 och Nordell 2003, s. 30 ff.

4 I Finland har två rättslärda skrivit om snarlik efterbildning tidigare, Jukka Palm och Sarita Schröder. Båda har skrivit sina verk på finska och använder sig av begreppet *look-alike tuotejäljittely*.

5 BMRB 2009. Observera att undersökningen främst gällde produkter i dagligvaruhandeln.

6 RP 114/1978, s. 9. Jämför KSL som skyddar förhållandet mellan konsument och näringsidkare.

7 RP 114/1978, s. 3.

8 MD 269/13, punkt 25.

9 Enligt bl.a. Norrgård introducerade Ulf Bernitz rättsområdet marknadsrätt i sin avhandling *Marknadsrätt* år 1969. För en diskussion kring innehåll och betydelse av Bernitz verk, se Norrgård 2006, s. 48.

10 RP 114/1978 s. 10–11 samt MD 661/15, punkt 4. Se även Pihlajarinne 2010 II, s. 71, Svensson m.fl. 2010, s. 416 och Mäkinen m.fl. 2006, s. 145.

11 Se exempelvis Pihlajarinne 2010 II, s. 72 och Haarmann 2014, s. 432–433.

utan generalklausulen är även tillämplig på näringsverksamhetens övriga områden.¹²

Skyddsomfånget som OtillbFörFL ger definieras mycket varierande i rättslitteraturen och rättslitteraturens definitioner stämmer inte alltid överens med domstolens rättspraxis. Fram till nyligen har de två typer av skydd som baserar sig på bestämmelsen, doktrinen om slavisk efterbildning som kräver att förväxlingsrisk är aktuell och renommésnyltningdoktrinen vars utgångspunkt är att förväxlingsrisk inte krävs, oftast blandats ihop i rättslitteraturen. Bestämmelsen har diskuterats lite i Finland och i den mån bestämmelsen har behandlats har den oftast diskuterats i en kontext där förväxlingsrisk krävs. Det saknas alltså omfattande rättsvetenskapliga forskningar gällande generalklausulens verkan på efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk.¹³

Renommésnyltning är ett förfarande där en näringsidkare i sin näringsverksamhet olovligt knyter an till en annan näringsidkares produkt, verksamhet, kännetecken, varumärke eller dylikt utan att nödvändigtvis orsaka en förväxlingsrisk.¹⁴ Det revolutionerande med renommésnyltningdoktrinen är alltså utgångspunkten att efterbildningen inte behöver orsaka en förväxlingsrisk för att efterbildningen ska anses vara otillbörlig.

Avgörandet MD 121/12 Granströms Båtvarv är det första avgörandet där marknadsdomstolen tillämpat renommésnyltning. I avgörandet konstaterade marknadsdomstolen att en förutsättning för att ett förfarande ska anses vara renommésnyltning, är att det som utnyttjas är känt på marknaden på ett sådant sätt att det förknippas med den utsatta näringsidkaren. Marknadsdomstolen ansåg vidare att för att förfarandet ska anses otillbörlig krävs inte att det föreligger någon förväxlingsrisk. Marknadsdomstolen hänvisar i avgörandet uttryckligen till rättspraxis i Sverige.¹⁵

Faktum är att marknadsdomstolen efter avgörandet MD 121/12 förkastat nästan alla käromål där renommésnyltning har yrkats.¹⁶ I de undantag där renommésnyltning godkänts har renommésnyltning endast varit sekundär grund för käromålet.¹⁷ Marknadsdomstolen har efter avgörandet MD 121/12 fortsatt att motivera sina avgöranden med att det inte har funnits någon förväxlingsrisk av produkternas affärsmässiga ursprung. I marknadsdomstolen har kärke bevisbördan för att den efterbildade produkten är tillräckligt väl känd. Därtill bör kärke kunna bevisa att svarande med sin handling har skapat association till den efterbildade

12 HD 2004:32.

13 Se Syrjä 2016, s. 76 som också konstaterar att bestämmelsen diskuterats mycket sparsamt i finländsk rättslitteratur.

14 MD 121/12. Se även Pauku 2012, s. 183 och Svensson m.fl. 2010, s. 436.

15 MD 121/12. För en definition av renommésnyltning hänvisade marknadsdomstolen till den svenska Marknadsdomstolens avgöranden SvMD 1999:21, SvMD 2003:25 och SvMD 2008:8.

16 Se exempelvis MD 381/12.

17 Se exempelvis MD 429/13 och MD 809/14. Se även Schröder 2015, s. 3.

produkten. Med andra ord tycks marknadsdomstolen ha satt tröskeln för tillämpandet av renommésnyltningläran relativt högt.¹⁸

Innan avgörandet MD 121/12 använde sig marknadsdomstolen av begreppet utnyttjande av annans goodwill eller på finska *goodwill-arvon hyväksikäyttö*.¹⁹ I avgörandet MD 110-112/15 återgår marknadsdomstolen till att referera till "*käyttää hyväksi toisen ... mainetta ja tunnettuutta (goodwill)*".²⁰ Med detta avgörande visar marknadsdomstolen onekligen att domstolen inte är villig att ta in den svenska renommésnyltningen i den finländska rättspraxisen. Anmärkningsvärt är att marknadsdomstolen väljer att i det senare avgörandet MD 661/15 igen använda begreppet renommésnyltning.²¹ Med andra ord kan man utgående från marknadsdomstolens avgöranden från de senaste åren konstatera att marknadsdomstolen ännu inte är enig i sitt förhållningssätt till renommésnyltning.²²

Renommésnyltning är alltså en svensk regel som marknadsdomstolen i avgörandet Granströms Båtvarv försökte ta in i finländsk rättspraxis.²³ Idén med den svenska renommésnyltningen är alltså att efterbildningen inte behöver orsaka förväxlingsrisk. I den svenska Marknadsdomstolens avgörande SvMD 2008:8 konstateras att "[f]ör att en marknadsföringsåtgärd på detta sätt ska anses otillbörlig krävs inte att det föreligger någon förväxlingsrisk".²⁴

Med tanke på att marknadsdomstolen efter avgörandet MD 121/12 tillämpat renommésnyltning mycket oregelbundet, verkar det som att marknadsdomstolen inte slutgiltigt har godkänt renommésnyltningen som en del av den finländska rättspraxisen. Alternativt är det också möjligt att marknadsdomstolen har svårigheter att konkurrensrättsligt motivera varför efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk ska ges ett bredare skydd. Man kan dock fråga om marknadsdomstolen öppnade Pandoras box i och med avgörandet Granströms Båtvarv. Då marknadsdomstolen visat att det finns en chans för skydd trots att förväxlingsrisk inte är aktuell kommer också i framtida yrkanden skydd försökas få genom renommésnyltning.

Att renommésnyltning inte vunnit lika starkt fotfäste i Finland som i Sverige kan därtill bero på att förväxlingsrisk har varit aktuell i en stor del av de ärenden som marknadsdomstolen har behandlat, och det har därför inte hittills varit nödvändigt för marknadsdomstolen att diskutera,

18 Se exempelvis MD 398/14 där Valio ansåg att Osuuskuunta Satamaito otillbörligt utnyttjade termen PLUS som Valio använder på förpackningarna till sina mjölkprodukter. Att Satamaito använde sloganen RASVATON PLUS MAITO väckte enligt marknadsdomstolen inte den association till Valio som krävs för att renommésnyltning ska kunna tillämpas.

19 Se MD 95/11/02, MD 81/03, MD 84/03, MD 192/03, MD 132/04, MD 132/07, MD 381/07, MD 332/08, MD 619/09 och MD 613/10.

20 MD 110-112/15, punkt 110.

21 MD 661/15, punkt 6.

22 Se även af Ursin & Samelin 2016, s. 1-2.

23 Det första renommésnyltningavgörandet i Sverige var SvMD 1993:9.

24 SvMD 2008:8.

pröva och bilda sig en enhetlig åsikt om huruvida efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk borde förbjudas i Finland.²⁵

Ordalydelsen i OtillbFörFL 1.1 § varken kräver eller hindrar en tolkning enligt vilken snarlika efterbildningar endast är förbjudna då förväxlingsrisk föreligger. Det finns alltså inget hinder för att tolkningen av generalklausulen tar ett steg mot hur 5 § i Sveriges Marknadsföringslag 2008:486 (SvMFL) och renommésnyltningen tolkas i Sverige. Om marknadsdomstolen i framtiden skulle acceptera och anamma en tolkning som godkänner skydd mot efterbildning som inte skapar en förväxlingsrisk av produkternas affärsmässiga ursprung, kan och bör modell för skydds doktrinen tas från den svenska doktrinen. Då kunde skyddet mot renommésnyltning även vara en effektiv skydds metod mot snarlika efterbildningar.

Ordalydelsen i OtillbFörFL 1.1 § varken kräver eller hindrar en tolkning enligt vilken snarlika efterbildningar endast är förbjudna då förväxlingsrisk föreligger. Det finns alltså inget hinder för att tolkningen av generalklausulen tar ett steg mot hur 5 § i Sveriges Marknadsföringslag 2008:486 (SvMFL) och renommésnyltningen tolkas i Sverige.²⁶ Om marknadsdomstolen i framtiden skulle acceptera och anamma en tolkning som godkänner skydd mot efterbildning som inte skapar en förväxlingsrisk av produkternas affärsmässiga ursprung, kan och bör modell för skydds doktrinen tas från den svenska doktrinen.²⁷ Då kunde skyddet mot renommésnyltning även vara en effektiv skydds metod mot snarlika efterbildningar.

2.2 Inget skydd utan förväxlingsrisk?

Som konstaterats ovan verkar marknadsdomstolen ha svårigheter att konkurrensrättsligt motivera varför efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk ska ges ett bredare skydd. Förväxlingsrisken är ett koncept inom såväl området för otillbörlig konkurrens som inom varumärkesrätten. Denna avgränsning ska förbli tydlig, men i tolkningsfrågor kan analogier göras mellan koncepten.²⁸

Kravet på att förväxlingsrisk måste finnas för att en handling ska anses vara otillbörlig härstammar från artikel 10bis i Pariskonventionen för industriellt rättsskydd (Pariskonventionen).²⁹ Enligt artikeln ska alla handlingar som kan framkalla förväxlingsrisk mellan konkurrenter vara

25 Se även Enkvist 2014, s. 105, som dock anser att det inte finns en avsaknad av yrkanden på renommésnyltning som marknadsdomstolen förkastat för att förväxlingsrisk inte varit aktuell. Enligt Enkvist bör marknadsdomstolen pröva dessa yrkanden i ljuset av renommésnyltning.

26 Även Arbets- och näringsministeriet har i sin rapport om hur OtillbFörFL bör utvecklas ansett att tolkningen kunde vara mera lik tolkningen i Sverige, se Reenpää 2009, s. 42–43.

27 Se MD 121/12 där marknadsdomstolen uttryckligen hänvisar till renommésnyltning doktrinen i Sverige.

28 Henning-Bodewig & Boesche 2013, s. 6.

29 Pariskonventionen för industriellt rättsskydd, 20.3.1883, senast ändrad 28.9.1979.

förbjudna.³⁰ Eftersom artikeln ordagrant berör alla handlingar som kan framkalla förväxlingsrisk är artikelns tillämpningsområde omfattande.³¹ Även marknadsdomstolen har i avgörandet MD 6/03 konstaterat att tillämpningsområdet är omfattande och att enligt gällande rättspraxis är exempelvis marknadsföring som orsakar en förväxlingsrisk förbjuden på basis av OtillbFörFL.³²

Begreppet förväxlingsrisk i Varumärkeslagen 7/1964 (VML) inbegriper risken för association mellan tecken.³³ Enligt artikel 10 (2b) i Europaparlamentets och rådets Direktiv (EU) nr 2015/2436 av den 16 december 2015 för tillnärmning av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning (varumärkesdirektivet) ska avgörandet om förväxlingsrisk baseras på en helhetsbedömning. I denna helhetsbedömning bör alla faktorer som kan påverka det enskilda ärendet beaktas.³⁴ I situationer som är inom tillämpningsområdet för OtillbFörFL kan bedömning av förväxlingsrisken mycket långt jämföras med bedömningen av förväxlingsrisken som varumärkesrätten förespråkar.³⁵

I avgörandet C-39/97 *Canon* konstaterade EU-domstolen att en förväxlingsrisk föreligger om allmänheten kan tro att de aktuella produkterna kommer från samma företag.³⁶ I rättslitteraturen har förväxlingsrisk definierats som en situation där den genomsnittliga konsumenten som hör till målgruppen kan missta sig om produktens kommersiella ursprung.³⁷ Förväxlingsrisk har också definierats som en sammanblandning av två eller flera olika alternativ.³⁸

Relevant vid bedömningen av om förväxlingsrisk är aktuellt, är att marknadsdomstolen senast i avgörande MD 32/17 har konstaterat att avgörandet om förväxlingsrisk ligger för handen ska göras genom en helhetsbedömning.³⁹ De uttryckliga kraven för när förväxlingsrisk kan anses vara aktuellt har långt utformats av rättspraxis. EU-domstolen har i avgörandena C-251/95 *Sabel v. Puma* och C-342/97 *Lloyd* konstaterat att frågan om förväxlingsrisk ska ses ur genomsnittskonsumentens synvinkel.⁴⁰ Genomsnittskonsumenten anses vara en normalt informerad samt skäligen uppmärksam och upplyst konsument.⁴¹ Hänsyn ska också tas till att den

30 Eftersom kravet på förväxlingsrisk härstammar från Pariskonventionen, finns kravet i ett antal jurisdiktioner. För mera om förväxlingsrisk i exempelvis USA, se Klein & Norton 2005, s. 329–340.

31 Se även WIPO Intellectual Property Handbook 2008, s. 138.

32 MD 6/03 och HD 2004:4

33 RP 24/2016, s. 4.

34 Se även EU-domstolens avgöranden C-251/95 *Sabel v. Puma*, punkt 22, C-342/97 *Lloyd*, punkt 18, C-425/98 *Marca Mode*, punkt 40 och C-57/08 *Gateway*, punkt 46–47. Det har även ifrågasatts om väl kända varumärken överhuvudtaget kan utsättas för efterbildning som inte skapar en förväxlingsrisk rörande varornas kommersiella ursprung, se Wessman 2002, s. 44.

35 Pihlajarinne 2010 II, s. 76.

36 C-39/97 *Canon*, punkt 29.

37 Pihlajarinne 2010 II, s. 76. Se även MD 432/16 som stöder definitionen i rättslitteraturen.

38 Lunde 2000, s. 247. Lunde analyserar förväxlingsrisk mycket ingående, se sidorna 248–260.

39 MD 32/17.

40 C-251/95 *Sabel v. Puma*, punkt 23 och C-342/97 *Lloyd*, punkt 25 och 26.

41 C-342/97 *Lloyd*, punkt 26 och C-210/96 *Gut Springenheide*, punkt 31.

genomsnittliga konsumenten sällan har möjlighet att göra en direkt jämförelse av produkterna utan måste förlita sig på bilden i sitt minne.⁴²

Vidare är även målgruppen för marknadsföringen av betydelse vid avgörandet av förväxlingsrisken. Om produkten endast marknadsförs för konsumenter med ett särskilt kunnande inom området uppstår förväxlingsrisk inte lika lätt.⁴³ Exempelvis har förpackningen för en tandkräm som endast marknadsförs och säljs till utbildade tandläkare lägre förväxlingsrisk med andra liknande produkter än en tandkräm som säljs i dagligvaruhandeln till en bred grupp konsumenter.

Därtill bedöms förväxlingsrisken oftast utgående från hur produkterna säljs.⁴⁴ I avgörande MD 95/II/02 ansåg marknadsdomstolen att det inte fanns en förväxlingsrisk mellan Dumles sötsaksprodukts och Doodleys likörs kommersiella ursprung. Marknadsdomstolen konstaterade att produkterna inte konkurrerade med varandra och att de inte såldes genom samma försäljningskanaler. Dock har marknadsdomstolen senare i avgörandet MD 82/05 ändrat sin tolkning och avgjort att förväxlingsrisk kan uppstå mellan produkter även om de inte säljs genom samma distributionskanaler.

Marknadsdomstolen har också ansett att förväxlingsrisken är större när produkterna säljs i nätbutik än när produkterna säljs i fysisk butik. I avgörandet MD 332/08 ansåg marknadsdomstolen att alligatormärket som Mirnet hade på sin sko var tillräckligt för att särskilja Mirnets sko från Crocs sko i fysiska butiker. Däremot ansåg marknadsdomstolen att märket inte var tillräckligt för att särskilja skorna i en nätbutik.⁴⁵

Utgångsläget är att en efterbildare kan undgå förväxlingsrisken genom att använda sitt eget namn eller varumärke på en produkt.⁴⁶ Dock har marknadsdomstolen ansett att det inte i alla situationer räcker med att det på en produkt framgår näringsidkarens namn, om produktens

helhetsintryck i övrigt är likadant som den efterbildade produktens helhetsintryck.⁴⁷ I avgörandet MD 81/03 ansåg marknadsdomstolen att en förpackning för honung till färgkombinationen, mönster och text var till den grad likartad med en konkurrerande honungsförpackning, att den lilla anteckningen på produkten med näringsidkarens namn och adress inte var tillräcklig för att särskilja förpackningarna. Det anmärkningsvärda med avgörandet är alltså att en anteckning med näringsidkarens namn i sig inte är tillräckligt för att undvika förväxlingsrisk.

Även i ärendet *Lego v. Biltema*, som tog sig form i avgörandena MD 84/03, HD 2004:32 och MD 82/05, ansåg marknadsdomstolen att det inte räckte med att förpackningarna var märkta med produktnamnet för att förhindra en förväxlingsrisk av produkternas kommersiella ursprung. I ärendet konstaterade marknadsdomstolen också att förväxlingsrisk kan finnas även om produkterna inte säljs i samma butik.⁴⁸

Likväl har marknadsdomstolen också förbjudit efterbildning som inte orsakat en förväxlingsrisk. I MD 619/09 poängterade marknadsdomstolen att fastän efterbildning är otillbörlig först då den orsakar en förväxlingsrisk, kan efterbildningen också förbjudas om en näringsidkare med sin efterbildning utnyttjar en annan näringsidkares goodwill-värde.⁴⁹ Marknadsdomstolen har också i avgörandet MD 132/04 konstaterat att OtillbFörfL 1.1 § inte utesluter skydd bara för att förväxlingsrisk inte finns.⁵⁰

EU-domstolen har hållit samma linje. *C-487/07 L'Oréal v. Bellure* handlade om väl kända varumärkens särskiljningsförmåga och otillbörligt utnyttjande av anseende. L'Oréal var innehavare till ett flertal ordvarumärken och figurmärken som användes på parfymförpackningar. Bellure producerade och marknadsförde så kallade smell-a-likes, alltså parfym som efterbildade doften hos L'Oréals väl kända parfym, samt vars förpackningar efterbildade L'Oréals parfymförpackningar. För sina parfym använde Bellure produktnamn som inte påminde om L'Oréals registrerade ordvarumärken. L'Oréals varumärken nämndes dock i Bellures marknadsföring eftersom Bellure marknadsförde sina parfym genom att med hjälp av en jämförelselista visa vilken L'Oréal-parfym Bellures parfym motsvarade. EU-domstolen ansåg i avgörandet att det inte krävs en förväxlingsrisk för att ett otillbörligt utnyttjande av ett varumärkes särskiljningsförmåga och renommé ska föreligga.⁵¹

Man kan likväl ifrågasätta om det är befogat att skydd endast ska existera när det finns förväxlingsrisk.⁵² Analysen visar att OtillbFörfL varken kräver eller förhindrar en tolkning enligt

42 C-342/97 *Lloyd*, punkt 26.

43 Mäkinen m.fl. 2006, s. 150.

44 MD 82/05. Intressant är även att i HD 2004:32 har högsta domstolen konstaterat att hur produkterna ställs ut i butik kan påverka konsumtionsbeslut och då även produktens efterfrågan. Marknadsdomstolens konstaterande i avgörandet MD 561/10 håller samma linje. Samtidigt har EU-domstolen och tribunalen i flera avgöranden konstaterat att konsumenternas uppmärksamhet varierar beroende på produktkategori och priset. När konsumenten väljer vardagliga produkter som tvättmedel fokuserar konsumenten på produktens ord- och bildmärken framom produktens utformning. När konsumenten däremot väljer produkter som kategoriseras till lyxkonsumtion, exempelvis en parfymflaska, uppfattar konsumenten ofta produktens utformning som ett varumärke. Detta beror på att exempelvis parfymflaskornas utformning oftast är mera innovativa och varierande än vad exempelvis tvättmedelsförpackningarnas utformning är. Detta kan ha en stor påverkan på när en förväxlingsrisk blir aktuell. Se exempelvis förenade målen C-468/01 och C-472/01 *Procter & Gamble*, punkt 53, mål T-118/00 *Procter & Gamble*, punkt 58, mål C-342/97 *Lloyd*, punkt 26, förenade målen C-456/01 P och C-457/01 P *Henkel*, punkt 55, mål T-194/01 *Unilever*, punkt 48 och förenade målen T-241/05, T-262/05 – T-264/05, T-346/05, T-347/05 och T-29/06 – T-31/06 *Procter & Gamble*, punkt 49–50. Se även Kukkonen 2010, s. 226–227.

45 MD 332/08.

46 Mäkinen m.fl. 2006, s. 149–150.

47 MD 81/03.

48 Förväxlingsrisken torde tvärtom öka om produkterna inte säljs i samma butik eftersom konsumenterna vid tidpunkten för köpbeslutet inte har en möjlighet att jämföra produkterna. Se Haarmann 2005, s. 1 ff. för en mera ingående analys av ärendet *Lego v. Biltema*.

49 MD 619/09, punkt 14.

50 MD 132/04.

51 C-487/07 *L'Oréal v. Bellure*, punkt 50.

52 Wessman 2002, s. 42.

vilken snarlika efterbildningar endast är förbjudna då förväxlingsrisk föreligger. Analysen visar också att marknadsdomstolens tolkning av problemet är tudelad.

Å ena sidan är skydd svår motiverat om efterbildningen inte skapar någon förväxlingsrisk, eftersom ett brett skydd för efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk i för hög grad begränsar den fria konkurrensen, som är utgångspunkten på marknaden.⁵³ I avgörandet MD 153/15 konstaterade marknadsdomstolen att det är i enlighet med gällande rättspraxis att efterbildning av en produkt som inte är ensamrättsligt skyddad är tillåtet, så länge som efterbildningen inte skapar en förväxlingsrisk av produktens kommersiella ursprung.⁵⁴ Efterbildningen måste orsaka förväxlingsrisk av produkternas kommersiella ursprung för att vara otillbörlig.⁵⁵ Även högsta domstolen har anammat samma utgångspunkt.⁵⁶

Å andra sidan ska de investeringarna som en näringsidkare har gjort i sin produkt även skyddas från efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk, om efterbildningen ändå kan skada den efterbildade näringsidkarens goda anseende eller goodwill-värde, vilket EU-domstolens avgörande *C-487/07 L'Oréal v. Bellure* visar. Även marknadsdomstolen har i och med avgörandet MD 121/12 öppnat dörren för att efterbildning som inte skapar en förväxlingsrisk kan vara otillbörlig och att skydd därmed kan ges fastän en förväxlingsrisk inte är aktuell.

2.3 Skydd utan förväxlingsrisk i de nordiska länderna

SvMFL infördes i Sverige med syftet att införa direktivet om otillbörliga affärsmetoder och direktivet om jämförande reklam i lagstiftningen. Lagen fyller ett dubbelt syfte i och med att den reglerar såväl förhållandet mellan konsumenter och näringsidkare som förhållandet mellan två eller flera näringsidkare.⁵⁷ Den svenska lagstiftningslösningen är alltså annan än den i Finland. Som bekant reglerar vi i Finland dessa två olika förhållandetypen med två åtskilda lagstiftningar, OtillbFörFL och Konsumentskyddslagen 38/1978 (KSL).

SvMFL innehåller en bestämmelse som uttryckligen förbjuder vilseledande efterbildningar. Enligt SvMFL 14 § får en näringsidkare vid marknadsföring "inte använda efterbildningar som är vilseledande genom att de lätt kan förväxlas med någon annan näringsidkares kända och särpräglade produkter". SvMFL 14 § kräver alltså att förväxlingsrisk är aktuell. Den svenska lagstiftningen innehåller utöver 14 § en generalklausul om otillbörlig konkurrens. Enligt generalklausulen i SvMFL 5 § ska marknadsförings stämman överens med god marknadsföringssed. God marknadsföringssed definieras i SvMFL 3 § som "god affärssed

eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter". För att marknadsföringen ska strida mot generalklausulen krävs också enligt SvMFL 6 § att marknadsföringen sannolikt kommer att påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat beslut.⁵⁸

Generalklausulen i SvMFL 5 § har av den svenska Marknadsdomstolen tolkats så att också efterbildning som inte orsakar förväxlingsrisk kan förbjudas.⁵⁹ I SvMFL har alltså efterbildning som skapar förväxlingsrisk separerats från efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk. Renommésnyltning i den svenska lagstiftningen är baserad på den marknadsrättsliga generalklausulen SvMFL 5 §. Renommésnyltning är en betydande typ av otillbörlig konkurrens i Sverige och har redan länge varit en självständig grund för käromål i den svenska Marknadsdomstolen.⁶⁰ Syftet med SvMFL 5 § är att fånga upp otillbörliga förfaranden som inte omfattas av de mera preciserade bestämmelserna i lagen. Avsikten är dock att om det aktuella förfarandet strider mot någon av de mera specifika bestämmelserna ska den bestämmelsen tillämpas på förfarandet.⁶¹

I Norge implementerades direktivet om otillbörliga affärsmetoder i Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår, LOV-2009-01-09-2 (NoMFL).⁶² Bestämmelsen NoMFL 1 § förbjuder handlingar som är i strid med god affärssed mellan näringsidkare. I Norge betraktas bestämmelsen som en generalklausul.⁶³ Utöver generalklausulen innehåller även den norska lagstiftningen en bestämmelse som uttryckligen förbjuder efterbildning, NoMFL 30 §.⁶⁴ NoMFL 30 § är alltså en bestämmelse som ordagrant tar vid där skyddsomfånget för de immaterialrättsliga speciallagarna tar slut. Generalklausulen NoMFL 1 § kan tillämpas på situationer som är utanför NoMFL 30 § skyddsområde.⁶⁵

För att förbudet mot efterbildning i NoMFL 30 § ska vara tillämpligt krävs *fare for forveksling*. Bestämmelsen kräver alltså att det ska finnas en förväxlingsrisk. Förbudet mot efterbildning i NoMFL 30 § kräver också att den efterbildade produkten uppnår en viss nivå av goodwill.

58 Se även Bernitz m.fl. 2013, s. 348.

59 SvMD 2008:8, s. 10–11.

60 Det första renommésnyltningsavgörandet i Sverige var SvMD 1993:9. Nyckelavgöranden i Sverige är bl.a. SvMD 1999:21 Robinson och SvMD 2000:25 Hästens. Se Svensson m.fl. 2010, s. 435 ff och Bernitz m.fl. 2013, s. 348. Observera även att Marknadsdomstolen i Sverige har upphört som myndighet från och med den 1.9.2016. Immaterialrättsliga, konkurrensrättsliga och marknadsföringsrättsliga ärenden handläggs nu av Patent- och marknadsdomstolen och Patent- och marknadsöverdomstolen som inrättades den 1.9.2016.

61 Svensson m.fl. 2010, s. 148.

62 Lunde m.fl. 2010, s. 19.

63 Se Lunde 2000, s. 225, som dock hänvisar till den gamla NoMFL från år 1972. 1972 års NoMFL ersattes med den nya NoMFL år 2009. Generalklausulen tar sig form som 1 § i såväl den nya NoMFL som den gamla NoMFL.

64 NoMFL 30 § ersatte den gamla ordalydelsen i den gamla NoMFL 8 a §.

65 Lunde 2000, s. 243.

53 För mera om diskussionen kring starkt och svagt skydd, se exempelvis Norrgård 2012, s. 2.

54 MD 153/15.

55 MD 451/09.

56 HD 2004:4.

57 Bernitz m.fl. 2013, s. 343–344.

Generalklausulen NoMFL 1 § kan däremot tillämpas utan förväxlingsrisk. Generalklausulen kräver endast att situationen innehåller *særleg kvalifisert snyltning*, fritt översatt särskilt kvalificerad snyltning, för att bestämmelsen ska kunna tillämpas. Generalklausulen kan alltså tillämpas på situationer där förväxlingsrisk inte är aktuell.⁶⁶

I Danmark är de marknadsrättsliga bestämmelserna koncentrerade till Bekendtgørelse af lov om markedsføring, lovbekendtgørelse nr. 839 af 31. augusti 2009 (DkMFL). Enligt DkMFL 5 § får näringsdrivare inte använda kännetecknen för verksamheten eller liknande som inte är deras om detta framkallar förväxling med andra. Därtill består även DkMFL av en generalklausul som inte kräver förväxlingsrisk. DkMFL 1 § förbjuder endast användningen av *vilseledende angivelser*.⁶⁷

I Sverige, Norge och Danmark har marknadsrätten alltså reglerats med en allmän marknadsrättslig lagstiftning. I alla tre länderna tillämpas respektive marknadsföringslag på såväl förhållandet mellan näringsidkare och konsument som förhållandet mellan två eller flera näringsidkare. Till skillnad från OtillbFörfL i Finland, innehåller de marknadsrättsliga lagstiftningarna i Sverige, Norge och Danmark både en bestämmelse som uttryckligen förbjuder efterbildning som skapar förväxlingsrisk och en generalklausul som kan tillämpas på efterbildning som inte skapat förväxlingsrisk.

Att lagstiftningen uttryckligen särskiljer efterbildning som skapar förväxlingsrisk och efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk kan vara orsaken till att marknadsdomstolen i exempelvis Sverige redan under en lång tid accepterat att efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk kan vara otillåten. Med tanke på att OtillbFörfL inte gör samma tydliga distinktion är det möjligt att marknadsdomstolen i Finland inte har haft samma förutsättningar att göra samma distinktion endast på basis av OtillbFörfL 1.1 §.

3. UTVECKLING AV SKYDDET MOT EFTERBILDNING

3.1 Marknadsrättslig intresseavvägning

Skyddet av immateriella rättigheter, skyddet mot otillbörlig konkurrens, ekonomisk tillväxt och konkurrenskraft går hand i hand.⁶⁸ Gränserna för ensamrätt och skydd mot otillbörlig konkurrens bör kontinuerligt ifrågasättas och analyseras eftersom exempelvis ny teknologi och nya tankesätt ständigt påverkar marknaden. Rättslärda har poängterat att försök att minska på skyddet mot otillbörlig konkurrens måste förhindras och tvärtom bör vissa aspekter i skyddet förstärkas. Dessa aspekter måste förstärkas för att lagstiftningen ska vara rättssäker,

66 Lunde 2000, s. 269.

67 För mera om marknadsrätten i Danmark, se Kockvedgaard 2005, s. 42 ff.

68 Franklin 2006, s. 251.

uppmuntra till kreativitet, särskilja näringsidkare från varandra och förhindra degenerering.⁶⁹

Ju bredare skyddsomfånget för produktutformning är desto flera blir de konkurrens- och marknadsrättsliga problemen.⁷⁰ Trots vikten av denna balansgång verkar EU-domstolen vara villig att skydda produktutformning. I exempelvis avgörandet C-487/07 *L'Oréal v. Bellure* ansåg EU-domstolen att det är möjligt att förbjuda efterbildning trots att endast varumärkets investeringsfunktion skadas. Denna tolkning kan öppna dörrar för ett mycket brett varumärkesskydd som analogt möjligen även kan överföras till skyddet mot otillbörlig konkurrens.⁷¹

EU-domstolen har vidare i avgöranden som C-170/13 *Huawei*, C-70/10 *SABAM* och C-275/06 *Promusicae* gett referenser om att tolkningen av det immaterialrättsliga skyddet allt mer fokuseras på det allmänna intresset framom att enkom fokusera på rättighetsinnehavarens intresse. Detta nya tolkningssättet har vi hittills sett mindre av i Finland, men även i marknadsdomstolens avgörande MD 429/13 fick det allmänna intresset en större roll än i tidigare avgöranden.⁷² Med tanke på hur snarlik efterbildning av produktutformning påverkar konsumenter, efterbildade näringsidkare och efterbildande näringsidkare, och då även det allmänna intresset, kan denna nya fokus på det allmänna intresset ses som ett steg mot att det allmänna intresset ska kunna skyddas mot de negativa effekterna av snarlik efterbildning av produktutformning.⁷³

Konkurrens på marknaden är central för vår ekonomi. EU bygger på det marknadsrättsliga systemet och EU:s konkurrensrätt är ett tydligt exempel på att EU:s inre marknad ska byggas på effektiv konkurrens. I EU ser man därmed allvarligt på konkurrensbegränsande åtgärder.⁷⁴ De konkurrensrättsliga reglernas syfte är att främja fri konkurrens. En fungerande marknad bygger på en sund och fungerande ekonomisk konkurrens. Skadliga konkurrensbegränsningar och artificiella hinder för nyetablering får inte finnas. Samtidigt måste konkurrens bygga på metoder som är förenliga med lag och god sed.⁷⁵

69 Franklin 2006, s. 253.

70 Detta forskningsresultat är inte nytt. Tvärtom handlar detta om en balansgång som alltid måste beaktas vid regleringen av ensamrätter. Se exempelvis Palm 2002, s. 308 ff och Pihlajarinne 2010 I, s. 234.

71 C-487/07 *L'Oréal v. Bellure*, punkt 58. Se även Syrjä 2016, s. 73 och Pihlajarinne 2010 I, s. 235.

72 C-170/13 *Huawei*, C-70/10 *SABAM*, C-275/06 *Promusicae* och MD 429/13. Se även Syrjä 2016, s. 254.

73 Även i det nyligen publicerade verket Oesch 2017 betonas det allmänna intresset, se Oesch 2017, s. 2.

74 EU:s grundläggande konkurrensrättsliga bestämmelser är artikel 101 och 102 i FEUF. Artikel 101 och 102 har direkt effekt inom hela EU, vilket innebär att EU:s konkurrensrätt är direkt gällande för företag och individer i Finland. Artikel 101 om kartellavtal, reglerar att avtal med syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen inom en viss marknad är förbjudna. Artikel 102 reglerar att missbruk av en dominerande ställning på marknaden är förbjudet. Därtill bygger EU-rätten på immaterialrättens område även på bestämmelserna om motverkan av handelshinder för varor i artikel 30 och 36 i FEUF. För mera om EU:s allmänna regler om konkurrensfrihet, se Craig & de Búrca 2015, s. 959 ff och Lenaerts & van Nuffel 2011, s. 359 ff.

75 RP 162/1991, s. 3.

På marknaden är konkurrensfrihet huvudregel. Konkurrensfriheten innebär att utgångsläget på marknaden är att efterbildning är tillåten. Efterbildning anses vara viktigt framförallt för att vidareutveckla redan existerande produkter. Om möjligheten att låta sig inspireras inte finns riskerar utvecklingen att stagnera. Det är inte önskvärt eller effektivt att varje generation ska uppfinna hjulet på nytt.⁷⁶ Huvudregeln om konkurrensfriheten har dock konkurrensbegränsande undantag.

De immateriella rättigheterna och reglerna om otillbörlig konkurrens på marknaden är konkurrensbegränsande, eftersom de ger innehavaren en legal ensamrätt eller monopol som hindrar andra från att kopiera och efterbilda. De immateriella rättigheterna bygger på synen att de innovations- och konkurrensfrämjande verkningarna är viktigare än de nackdelar som skyddet eventuellt kan föra med sig. Trots den konkurrensbegränsande effekten är de immateriella rättigheterna utformade för att fungera i en marknadsekonomi och de har i allmänhet en konkurrensfrämjande verkan, detta bland annat genom att uppmuntra till skapande. Vid utformandet och uppdaterandet av de immateriella rättigheternas räckvidd spelar konkurrensaspekterna en viktig roll.⁷⁷ I diskussionen kring konkurrensbegränsningar ska observeras, att immaterialrättsliga konkurrensbegränsningar är av annan art än allmänna konkurrensbegränsningar.⁷⁸ Förhållandet mellan skydd och konkurrens är i hög grad komplicerat.⁷⁹

Motsatsen till den fria konkurrensen är monopol. Rättsligt monopol, även kallat legalt monopol, föreligger när en näringsidkare har ensamrätt att driva en viss ekonomisk verksamhet. Intrång i ett rättsligt monopol är förbjudet. Om ett rättsligt monopol täcker en viss ekonomisk verksamhet, rådet det totalt konkurrensförbud gällande den verksamheten. Utöver rättsligt monopol finns även faktiskt monopol, vilket innebär att en näringsidkare har en faktisk ensamställning på marknaden utan att ha ett juridiskt skydd mot konkurrenter.⁸⁰ Faktiska monopol inom EU är handelsförhindrande och oförenliga med EU:s primära syfte om en inre marknad baserad på fri rörlighet av varor och tjänster.⁸¹

Innehavaren av en immateriell rättighet eller ett skydd mot otillbörlig konkurrens är innehavare av ett rättsligt monopol. Dessa rättigheter och skydd ger nämligen innehavaren en juridisk ensamrätt och det råder totalt konkurrensförbud gällande ensamrätten.⁸² Tanken bakom det rättsliga monopoliet är att en ensamrätt till den egna innovationen, vars utveckling sannolikt har

krävt finansiella och tidsmässiga investeringar, är en belöning för arbetet och en uppmuntran till fortsatt arbete.⁸³

När ett rättsligt monopol föreligger, kan innehavaren av det rättsliga monopoliet i sin produktutveckling koncentrera sig på att sänka sina produktionskostnader och maximera sin vinst. Eftersom det inte finns några konkurrenter är efterfrågan oftast garanterad.⁸⁴ Ensamrätterna ska alltså uppmuntra till att skapa nytt. Där ensamrätt till innovationer inte kan fås, investeras oftast inte lika mycket i nyskapande. Den situationen kan undvikas genom chansen att få ensamrätt till en innovation.⁸⁵

Det normala resultatet i en tävling är att det finns en vinnare och en förlorare. Om A vinner över B i tennis är A vinnaren och B förloraren. Samma tankesätt kan överföras på marknaden. Man kan se marknadsandelar som en paj vars storlek inte ändras. Om näringsidkare A tar en större bit, blir det en mindre bit över för näringsidkare B. Tar näringsidkare A hela pjen får näringsidkare B ingenting. Detta innebär att den ena näringsidkarens vinst alltid är den andra näringsidkarens förlust.⁸⁶

Vissa rättslärda anser att snarlika efterbildningar ökar på marknadsandelarna. För att återkomma till den tidigare metaforen ökar de snarlika efterbildningarna alltså på pajens storlek. Detta argument framhåller alltså att snarlika efterbildningar inte minskar på den efterbildades marknadsandel, tvärtom skapar de snarlika efterbildningarna en större marknad. Detta argument accepterar att de snarlika efterbildningarna kan ta konsumenter från den efterbildade näringsidkaren, men argumentets kärna är att de snarlika efterbildningarna och de efterbildade näringsidkarna inte lever i ett en-vinnare-en-förlorare-förhållande.⁸⁷ Denna modell framhåller även den traditionella rättsekonomiska argumentationen att konsumenterna drar både ekonomisk och kvalitativ nytta av att flera aktörer är aktiva på marknaden.⁸⁸

Likväl, på makronivå uppmuntrar skydd till innovation och konkurrens som i sin tur skapar nya arbetsplatser, ökar bruttonationalprodukten och resulterar i en högre inkomst per capita.⁸⁹ Skyddens ekonomiska betydelse tenderar att ha en allt större roll vid konflikter mellan immaterialrätten och konkurrensrätten.⁹⁰ Resultatet av den fortlöpande kompromissen mellan ensamrätt och fri konkurrens har tagit form i tidsfrister för en ensamrätt, avgifter för förnyandet av en ensamrätt, begränsningar i en ensamrätts räckvidd samt begränsningar i vem som har

76 Lunde 2000, s. 223.

77 Bernitz 2011, s. 178.

78 Koktvedgaard 2005, s. 213.

79 Se Schovsbo 1996, s. 1 ff. för en diskussion om detta förhållande. Se även Anderman & Schmidt 2011, s. 3 ff.

80 Bernitz 2011, s. 60. Se även Wikberg 2011, s. 305–309 och Wessman 2002, s. 125–128.

81 Se artikel 30 och 56 i FEUF.

82 Notera dock undantaget licensiering ger.

83 Se exempelvis Aalto-Setälä m.fl. 2016, s. 1–3.

84 Oesch m.fl. 2005, s. 168.

85 Kur & Dreier 2013, s. 6.

86 Searle 2015 I, s. 1.

87 Searle 2015 II, s. 1.

88 Searle 2015 I, s. 1.

89 För mera om immaterialrätter på makro- och mikronivå, se Kur & Dreier 2013, s. 9.

90 Koktvedgaard 2005, s. 214.

rätt att vara innehavare av en ensamrätt.⁹¹ Det existerar inget rätt svar på hur mycket kontroll och skydd som är optimalt. Faktorer som bör beaktas vid avgörandet av hur ett skydd ska utformas varierar från fall till fall och denna kontext bör ges vikt vid utformandet av skydd mot snarlik efterbildning.⁹²

Sällan nås rättvisa på marknaden endast genom att marknaden är fri för konkurrens. Att förlita sig på att konsumenterna alltid väljer bort den näringsidkare som betar sig otillbörligt på marknaden är inte fungerande i längden. Konsumenterna är inte alltid medvetna om att ett otillbörligt förfarande pågår eller om hur de bör reagera på ett sådant förfarande. Därtill är det oförsvarligt att flytta hela ansvaret på konsumenterna.⁹³ Med andra ord behöver vi ett brett och säkert skydd mot snarlika efterbildningar. Detta breda skydd kan nås såväl genom en ändring i tolkningen av den nuvarande lagstiftningen som genom en ändring i själva lagstiftningen. Samtidigt måste också en harmoniseringsdiskussion föras på unionsnivå.

3.2 Omformulering av generalklausulen

Skyddet som OtillbFörfL ger ska vara snävt, eftersom näringsidkaren inte har en immateriell ensamrätt. OtillbFörfL får inte begränsa konkurrensen mer än nödvändigt. I lagens förarbete konstateras att generalklausulen kan tillämpas brett, vilket möjliggör att bestämmelsen kan anpassas efter den aktuella situationen. Enligt förarbetet ska generalklausulen därtill vara vagt utformad och ge utrymme för tolkning.⁹⁴

Även World Intellectual Property Organization (WIPO) har konstaterat att tolkningen av bestämmelser om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet måste vara flexibel. Bestämmelserna måste vara utformade så att de kan anpassas till alla nya former av beteende på marknaden.⁹⁵ För att WIPO:s riktlinjer ska anammas måste marknadsdomstolen och EU-domstolen alltså anpassa sin tolkning av bestämmelserna efter hur beteendet på marknaden ändras.

Man kan påstå att kravet på att det måste lämnas utrymme för tolkning av generalklausulen i OtillbFörfL skapar vissa kryphål i lagstiftningen. Att för mycket vikt läggs på fri tolkning försvagar rättssäkerheten och möjligheten att förutspå domstolens åsikt. Här måste en intresseavvägning göras och frågan om det är konkurrensrättsligt motiverat att fylla igen eventuella kryphål måste ställas.

I den tyska lagstiftningen om otillbörlig konkurrens UWG är generalklausulen i 4 § kompletterad

91 Lemley 2004, s. 1.

92 Lemley 2004, s. 43–45.

93 WIPO Intellectual Property Handbook 2008, s. 132.

94 RP 114/1978, s. 11.

95 WIPO Intellectual Property Handbook 2008, s. 132

med en lista över handlingar som ska anses vara otillbörliga.⁹⁶ En lista som denna underlättar tolkningen av lagstiftningen för såväl domstolarna som för marknadsaktörerna. Samtidigt är en bestämmelse med en noggrant utformad lista snäv, och den lämnar inte mycket utrymme för tolkning. En snävt utformad bestämmelse gör det lättare för efterbildare att röra sig utanför bestämmelsens tillämpningsområde. Med andra ord skapar en noggrant formulerad bestämmelse samtidigt kryphål i lagstiftningen. Av denna orsak är en oklar bestämmelse med brett tillämpningsområde och utrymme för tolkning en lämplig lösning för skydd mot snarlika efterbildningar.

Förutsättningarna för skyddet som den omformulerade generalklausulen ger kan långt vara de samma som förutsättningarna för skydd av väl kända varumärken. Därför kan här göras en analog till bestämmelsen om väl kända varumärken i VML 6 §. Förutsättning för skyddet kan vara att den efterbildade är väl känd på marknaden. Däremot ska förutsättning för skyddet inte vara att förväxlingsrisk ska finnas, och inte heller att den snarlika efterbildningen skadar den efterbildade produktens goodwill-värde. Som förutsättning för skyddet räcker det att efterbildningen ger efterbildaren en otillbörlig fördel.⁹⁷

För att säkerställa marknadsrättens enhetliga linje bör förbudet mot slavisk efterbildning och förbudet mot renommésnyltning ordagrant skrivas in i OtillbFörfL, som ett komplement till en mera vagt utformad generalklausul.⁹⁸ Då tar utformningen av lagstiftningen alltså ett steg mot den svenska, norska och danska lösningen, där marknadsföringslagarna innehåller både en allmän bestämmelse som kräver förväxlingsrisk och en mera vagt utformad generalklausul som inte kräver att förväxlingsrisk är aktuell. Som ett resultat av denna lösning kan marknadsdomstolens tolkning inte variera i samma mån som tolkningen gör idag, eftersom lagen uttryckligen skulle godkänna att även efterbildning som inte orsakar förväxlingsrisk kan förbjudas.

3.3 Ändring i marknadsdomstolens tolkning

Ur OtillbFörfL 1.1 § eller bestämmelsens förarbete framgår det inte hurudan efterbildning som kan förbjudas med bestämmelsen. Normerna som reglerar efterbildning är mycket allmänna och tvetydiga. Därför är domstolsavgörandena väsentliga vid tolkning av rättsläget.⁹⁹

96 Observera att analysen i denna artikel baserar på den till engelska översatta versionen av den tyska lagstiftningen. Se dock även Henning-Bodewig & Boesche 2013, s. 231 ff. Se även Syrjä 2016, som i sin avhandling jämför den finländska lagstiftningen med tyska UWG. Observera dock att Syrjä är en finsk och inte tysk rättslärd.

97 Se Schröder 2012 s.1 för ett förslag om att en lösningsmodell kunde vara att dra en analog till skyddet för väl kända varumärken som VML ger.

98 Även Arbets- och näringsministeriet har i sin rapport om hur OtillbFörfL bör utvecklas ansett att generalklausulen kunde kompletteras med mera detaljerade bestämmelser, se Reenpää 2009, s. 43. Se även Hoppu 2016, s. 20.

99 Se även Hoppu 2016, s. 20.

Analysen har visat att marknadsdomstolen velat fram och tillbaka i sin tolkning av generalklausulen i ärenden där förväxlingsrisk inte varit aktuell.¹⁰⁰ Eftersom marknadsdomstolens avgörande endast kan överklagas med besvärstillstånd bör marknadsdomstolens avgöranden vara enhetliga. Om marknadsdomstolen avgöranden i liknande ärenden fortsätter att variera från fall till fall minskar rättssäkerheten och möjligheten att förutspå marknadsdomstolens åsikt.¹⁰¹ Marknadsdomstolen måste alltså göra sin tolkningslinje enhetlig. Detta kan marknadsdomstolen endast göra genom att ändra sin tolkning av den existerande lagstiftningen och alltid hålla sig till den valda tolkningen.

Om marknadsdomstolen inte kan hitta en enhetlig linje i tillämpningen av renommésnyltning och skydd mot efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk som en del av generalklausulen, kan marknadsdomstolen välja att konstatera att efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk alltid är tillåten. Samtidigt kan marknadsdomstolen gå tillbaka till att prata om otillbörligt utnyttjande av annans goodwill-värde, istället för att försöka importera den svenska renommésnyltningsdoktrinen till Finland. Detta alternativ är inte att föredra, eftersom det skulle föra marknadsdomstolens tolkning längre bort från tolkningen i de övriga nordiska länderna, vilket på den integrerade marknaden och med tanke på rättsligheten som råder i de nordiska länderna är ett steg i fel riktning.

Likväl kan marknadsdomstolen också anamma en tolkning av renommésnyltning som är strängare än i de övriga nordiska länderna. Denna tolkning kan utformas så att marknadsdomstolen alltid kräver att efterbildning som inte skapar en förväxlingsrisk måste vara systematisk och verkligen skada den efterbildade produktens goodwill-värde.¹⁰² Oberoende av hur marknadsdomstolens slutliga tolkning utformar sig, skyddar en tolkning, där OtillbFörFL 1.1 § kan tillämpas på efterbildning som inte orsakar förväxlingsrisk, produktutformning mot snarlik efterbildning på ett mera flexibelt och effektivt sätt än vad marknadsdomstolens tolkning gör idag.

Det bästa alternativet som marknadsdomstolen har är att i fortsättningen enhetligt alltid beakta renommésnyltning som den beaktas i Sverige. Generalklausulens ordalydelse eller bestämmelsens förarbete hindrar inte att bestämmelsen tolkas så som de motsvarande generalklausulerna i Sverige, Norge och Danmark tolkas.¹⁰³ Om marknadsdomstolen i framtiden godkänner att omfattningen av OtillbFörFL 1.1 § alltid är oberoende av förväxlingsrisk, kan och bör marknadsdomstolen alltså för sin tolkning ta modell från de övriga nordiska ländernas tolkningar.

100 I avgörandet MD 121/12 Granströms Båtvarv hänvisar marknadsdomstolen till renommésnyltning, i avgörandet MD 110-112/15 väljer marknadsdomstolen att inte ta hänsyn till renommésnyltning och i avgörandet MD 661/15 återgår marknadsdomstolen till att hänvisa till renommésnyltning.

101 Rättsskyddet i Finland baserar sig på GL 21 §.

102 Schröder 2012, s. 3.

103 Schröder 2012, s. 2.

Skyddets omfattning motsvarar då långt det skydd som väl kända varumärken har, eftersom skyddet för väl kända varumärken är oberoende av förväxlingsrisk.¹⁰⁴ Detta tolkningsalternativ rekommenderas eftersom det stärker möjligheten att förutspå marknadsdomstolens åsikt, ökar den nordiska rättsligheten på den integrerade marknaden, möjliggör skydd mot snarlik efterbildning som inte skapar förväxlingsrisk och kan då fungera som ett effektivt skydd mot snarlika efterbildningar. Rättsläget kan också klargöras om högsta domstolen ger ett prejudikat gällande renommésnyltning utgående från denna tolkning.

3.4 Harmonisering inom EU

Först och främst är det viktigt att särskilja att diskussionen kring hur den nationella lagstiftningen och den nationella tolkningen av lagstiftningen bör ändras är en sak, och att diskussionen kring harmoniseringen av de nationella lagstiftningarna är en annan. Likväl är det i denna artikel intressant att kortfattat diskutera vilka effekter en harmonisering av bestämmelserna om otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare kunde ha på snarlika efterbildningar.

Enligt artikel 118 i Fördraget om Europeiska Unionens funktionssätt (FEUF) ska EU, i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet, föreskriva åtgärder som säkerställer ett enhetligt skydd för immateriella rättigheter i unionen. Vissa rättslära anser att inget annat område inom privaträtten har harmoniserats på samma sätt som immaterialrätten.¹⁰⁵ Fastän immaterialrätten redan är harmoniserad till vissa delar, pågår utvecklingen av en fortsatt harmonisering hela tiden.¹⁰⁶ Som flera nya exempel på den fortsatta harmoniseringen kan nämnas uppdateringen av varumärkesförordningen och varumärkesdirektivet, samt utvecklingen av ett nytt enhetligt patentskydd och en enhetlig europeisk patentdomstol.¹⁰⁷

Däremot är bestämmelserna om otillbörlig konkurrens mellan näringsidkare inte harmoniserade.¹⁰⁸ Likaså visar en undersökning gjord för Kommissionen att det inte finns ett enhetligt sätt att angripa snarlika efterbildningar i EU. Undersökningen visar också att det som anses vara snarlik efterbildning i en medlemsstat inte nödvändigtvis är det i en annan medlemsstat. Detta leder till att samma produkter behandlas olika i olika delar av unionen. I värsta fall kan denna olika behandling bli en handelsbarriär. Undersökningen gjord för Kommissionen poängterar att bristerna i det enhetliga angreppssättet beror på att lagstiftningen

104 Schröder 2012, s. 3.

105 Ohly & Pila 2013, s. 3.

106 Ett exempel på detta fortgående arbete är forskningsprojektet FAIR IP som startade på Hanken Svenska Handelshögskolan i november 2016. Forskningsprojektets syfte är bland annat att undersöka harmonisering av bestämmelserna gällande otillbörligt förfarande i näringsverksamhet.

107 Varumärkesförordningen och varumärkesdirektivet. För mera om reformerna inom patenträtten, se Norrgård & Nylund 2014, s. 1 ff.

108 Augenhöfer 2013, s. 44.

inte är harmoniserad.¹⁰⁹ Alla rättsvetenskapliga problem måste idag beaktas ur den integrerade europeiska marknadens synvinkel.¹¹⁰

Den omfattande mängden av snarlika efterbildningar som finns på den inre marknaden har på senaste tid fått uppmärksamhet även på unionsnivå.¹¹¹ Trots att immateriella rättigheter och konkurrens respekteras inom EU har EU kritiserats för att inte vidta tillräckliga åtgärder mot snarlika efterbildningar.¹¹² Av bland annat denna orsak bör bestämmelserna om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet harmoniseras.¹¹³

På EU-nivå finns redan direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Direktivet är dock riktat mot förhållandet mellan näringsidkare och konsument och inte mot förhållandet mellan två eller flera näringsidkare. Avgränsningen av direktivets tillämpningsområde resulterar i att direktivet inte har harmoniserat bestämmelserna om otillbörlig konkurrens mot näringsidkare i EU.¹¹⁴

I C-6/81 Beele hänvisade EU-domstolen till artikel 10bis i Pariskonventionen. Rättslärda anser att EU-domstolen i avgörandet tog ett första steg mot en harmonisering på den inre marknaden av bestämmelserna om otillbörlig konkurrens. Trots att EU-domstolen idag redan har behandlat en rad fall gällande otillbörlig konkurrens, kan rättsområdet inte anses vara fullt harmoniserat innan ett direktiv eller en förordning har fattats.¹¹⁵

De flesta länderna i EU har någon form av lagstiftning om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet.¹¹⁶ Särskilt i de nordiska länderna samt i Tyskland är dessa lagstiftningar omfattande.¹¹⁷ Däremot finns det ingen lagstiftning om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet i exempelvis Storbritannien.¹¹⁸ Olika delarna i lagstiftningarna på marknaden kan skapa onödiga handelsbarriärer, eftersom den internationella handeln och globaliseringen kräver gemensamma standarder i lagstiftningen.¹¹⁹ Definierandet av hur juridiken bör behandla snarlik efterbildning inom EU är krävande och problematiskt.

109 Latham & Khwaja 2011, s. 20.

110 Palm 2002, s. 226.

111 Johnson, Gibson & Freeman 2013, s. 9.

112 Khwaja 2012, s. 38.

113 Latham & Khwaja 2011, s. 21 och Khwaja 2012, s. 41.

114 2005/29/EG, se skäl 6 och 8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder. Se även Khwaja 2012, s. 38.

115 Henning-Bodewig 2007, s. 111. För mera om EU-domstolens avgöranden inom området, se Glöckner 2007 II, s. 102 ff.

116 Khwaja 2012, s. 39.

117 Se Kur 2014, s. 181–185.

118 Khwaja 2012, s. 39.

119 Henning-Bodewig & Boesche 2013, s. 4.

Utgångsläget är att det är lätt att argumentera för harmonisering. Utan harmonisering finns det med stor sannolikhet rättsliga konflikter inom den inre marknaden.¹²⁰ Harmoniseringen är trots detta inte ett mål i sig.¹²¹ Fastän EU på basis av artikel 118 i FEUF har rätt att harmonisera immaterialrätt, måste EU samtidigt följa subsidiaritetsprincipen och proportionalitetsprincipen.¹²² Samtidigt bör också beaktas att bestämmelserna om otillbörlig konkurrens inte hör till immaterialrättens område och därför inte omfattas av harmoniseringsrätten i artikel 118 i FEUF. Likväl, för att uppnå sina mål ska EU enligt artikel 3.1(g) i FEUF innefatta ”en ordning som säkerställer att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids”. På basis av artikeln har EU alltså rätt att harmonisera medlemsstaternas lagstiftningar om otillbörlig konkurrens.¹²³

I skäl 8 i direktivet om otillbörliga affärsmetoder poängteras att ”[k]ommissionen bör [...] undersöka om EU behöver vidta åtgärder mot illojal konkurrens som sträcker sig utöver direktivets ramar och om så krävs lägga fram ett lagförslag som omfattar även dessa aspekter av illojal konkurrens”. Direktivet syftar med detta till konkurrensen mellan två eller flera näringsidkare. Med andra ord har lagstiftaren lämnat dörren öppen för harmonisering av förhållandet mellan två eller flera näringsidkare.

En harmoniserad lagstiftning på en nivå som inte kräver förväxlingsrisk skulle främja den inre marknaden. Harmoniserade lagar underlättar gränsöverskridande handel då de olika nationella lagstiftningarna inte längre behöver beaktas. Samtidigt bidrar en harmoniserad lagstiftning även till ett högre skydd för konsumenterna.¹²⁴ Harmonisering innebär nödvändigtvis inte att vissa handlingar uttryckligen ska förbjuds, utan snarare att en gemensam praxis utvecklas för hur otillbörlig konkurrens och då även snarlik efterbildning ska hanteras.¹²⁵

Harmonisering kan uppnås endast genom grundlig förståelse för de olika traditionerna i medlemsstaterna. När rättslärda och domstolarna tar sig an diskussionen kring dessa traditioner kan harmonisering ske. En ökad kommunikation mellan medlemsstaternas domstolar kan bidra till att öka förståelsen för medlemsstaternas olika tolkningar av och lösningar på ett problem. Därtill har rättslärda och rättslitteraturen en viktig roll i kommunikationen. Om de rättslärda genom rättsjämförelse kan öka förståelsen för olika lösningar, kan detta i det långa loppet skapa ett intresse för harmonisering.¹²⁶

120 Ohly & Pila 2012, s. 260.

121 Ohly & Pila 2012, s. 260.

122 Craig & de Búrca 2015, s. 168–169.

123 Se även Glöckner 2007 I, s. 96.

124 Augenhof 2013, s. 44–45.

125 Henning-Bodewig & Boesche 2013 s. 4.

126 Norrgård kallar detta harmonisation through communication. Se Norrgård 2012, s. 19–20.

4. SAMMANFATTANDE ANALYS

Gränsen för när efterbildning blir otillåten överskrids när efterbildningen gör intrång i en immateriell rättighet eller är otillbörlig. Orsaken bakom denna huvudregel är att fri konkurrens måste vara utgångsläget på marknaden. Samtidigt har vidareutveckling och innovation ansetts vara beroende av att en viss mån av efterbildning får existera, utvecklingen kan stagnera om det inte är tillåtet att låta sig inspireras.

Efterbildning i sig utgör oftast normal konkurrens. Normal konkurrens är bra för såväl näringsidkare som konsumenter. Om efterbildningen däremot går för långt kan den bli skadlig. Om snarlika efterbildningar efterbildar originalprodukten för mycket kan den efterbildade näringsidkarens produkt skadas, trots att en förväxlingsrisk nödvändigtvis inte är aktuell. I dessa situationer är den efterbildade näringsidkaren idag onekligen satt i en situation där denna inte kan påverka att andra utnyttjar det goodwill-värde denna har byggt upp samtidigt som den egna produktens värde bara sjunker.

Det är allmänt accepterat att bestämmelserna om otillbörlig konkurrens inte ska fungera som ett förlängt skydd i situationer där de immateriella rättigheternas skyddsomfång inte är tillräckligt brett. Det som inte skyddas av immateriella rättigheter ska fritt kunna användas av andra. Samtidigt är det också allmänt accepterat att i vissa situationer kan inte all utformning skyddas med immateriella rättigheter och då behövs bestämmelser om otillbörlig konkurrens.

Rättspraxisen visar att den fria konkurrensen innebär att till och med en mycket detaljerad efterbildning är tillåten. Trots detta kan fri konkurrens inte innebära att alla medel är tillåtna på marknaden. För lös lagstiftning och tolkning av lagstiftning i rättspraxisen leder till att den fria konkurrensen utnyttjas.

Det har aldrig varit lätt att definiera de snarlika efterbildningarnas rättsliga status i EU. Oavsett hur den framtida utvecklingen av hur snarlika efterbildningar ska angripas tar sig form, såväl nationellt som på unionsnivå, är det av yttersta vikt att lagstiftaren och domstolarna strävar efter att finna den perfekta balansen på marknaden mellan å ena sidan den fria konkurrensen på marknaden och å andra sidan skyddet mot snarlik efterbildning.

KÄLLOR

Officiella källor

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG, Europeiska unionens officiella tidning L 149/22 11.6.2005. (2005/29/EG)

RP 114/1978 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om otillbörligt förfarande i näringsverksamhet. (RP 114/1978)

RP 162/1991 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till konkurrensbegränsningslag. (RP 162/1991)

RP 24/2016 rd. Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om ändring av varumärkeslagen och av 49 kap. 2 § i strafflagen. (RP 24/2016)

Litteratur

Aalto-Setälä Minna, Sundman Christoffer, Tuominen Markku & Uhlbäck Asta. IPR Käytännönläheisesti. Kauppakamari. Helsinki 2016. (Aalto-Setälä m.fl. 2016)

Anderman Steven & Schmidt Hedvig. EU Competition Law and Intellectual Property Rights. Oxford University Press. Oxford 2011. (Anderman & Schmidt 2011)

Augenhofer Susanne. § 1 Introduction & § 4 European Union, i verket Henning-Bodewig Frauke (ed.): International Handbook on Unfair Competition, s. 1–8 och s. 41–75. C. H. Beck, München 2013. (Augenhofer 2013)

Bernitz Ulf. Marknadsrätt. Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlag. Stockholm 1969. (Bernitz 1969)

Bernitz Ulf. Svensk och europeisk marknadsrätt 1. Norstedts Juridik. Stockholm 2011. (Bernitz 2011)

Bernitz Ulf, Karnell Gunnar, Pehrson Lars & Sandgren Claes. Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens. Jure. Stockholm 2013. (Bernitz m.fl. 2013)

BMRB 2009, A study into the impact of similar packaging on consumer behavior. Don Edwards & Associates Limited. Burnham 2009. (BMRB 2009)

Craig Paul & de Búrca Gráinne. EU Law – Text, Cases, and Materials. Sixth Edition. Oxford University Press. Oxford 2015. (Craig & de Búrca 2015)

Enkvist Joachim. Renommésnyltning i den finska marknadsdomstolens rättspraxis. NIR 2/2014, s. 91–109. (Enkvist 2014)

Franklin Dawn. Why is it better to brand so as not to rely on third party use?, i verket Jeremy Phillips, Trademarks at the Limit, s. 247–253. Edward Elgar. Northampton 2006. (Franklin 2006)

Glöckner Jochen. The ECJ's Case Law on Unfair Competition, i verket Hilty Reto M. & Henning-Bodewig Frauke: Law Against Unfair Competition, s. 102–109. Springer. München 2007. (Glöckner 2007 I)

Glöckner Jochen. The Law Against Unfair Competition and the EC Treaty, i verket Hilty Reto M. & Henning-Bodewig Frauke: Law Against Unfair Competition, s. 77–99. Springer. München 2007. (Glöckner 2007 II)

Haarmann Pirkko-Liisa. Tuotejäljitelmiä myynti on kiellettävissä – markkina-oikeuden kaksinkertainen linjanmuutos. IPRinfo-lehti 2/2005.
www.iprinfo.com -> Verkkolehti -> Lehtiarkisto -> 2005 -> IPRinfo 2-2005, hämtad 28.3.2017 (Haarmann 2005)

Haarmann Pirkko-Liisa. Immateriaalioikeus. Talentum. Helsinki 2014. (Haarmann 2014)

Henning-Bodewig Frauke & Boesche Katharina. §12 Germany i verket Henning-Bodewig Frauke (ed.): International Handbook on Unfair Competition, s. 231–259. C. H. Beck. München 2013. (Henning-Bodewig & Boesche 2013)

Henning-Bodewig Frauke. Secondary Unfair Competition Law, i verket Hilty Reto M. & Frauke Henning-Bodewig Frauke: Law Against Unfair Competition, s. 111–125. Springer. München 2007. (Henning-Bodewig 2007)

Hoppu Kari. Jäljittely elinkeinotoiminnassa, i verket Immonen Raimo, Knuutinen Reijo, Mylly Ulla-Maija, Nyström Patrik, Viinikka Tuija (toim.): Oikeuden ja talouden rajapinnassa – Juhlakirja Matti J. Sillanpää 60 vuotta 21.3.2016, s. 19–33. Edita. Helsinki 2016. (Hoppu 2016)

Johnson Philip, Gibson Johanna & Freeman Jonathan. The Impact of Lookalikes – Similar packaging and fast-moving consumer goods. Intellectual Property Office (UK) 2013/18. Newport 2013. (Johnson, Gibson & Freeman 2013)

Khwaja Sahira. How to deal with parasites. Managing Intellectual Property 3/2012, s. 38–41. (Khwaja 2012)

Klein Sheldon H & Norton Christopher N. The role of trade mark use in US infringement, unfair competition and dilution proceedings, i verket Philips Jeremy & Simon Ilanah (ed.): Trade Mark Use, Part G: 18. Oxford University Press. Oxford 2005. (Klein & Norton 2015)

Koktvedgaard Mogens. Laerebog i konkurrenceret. Jurist- og Økonomforbundets forlag. København 2005. (Koktvedgaard 2005)

Kukkonen Katri. Ulkoasumerkin erottamiskyvyn arviointi, i verket Pihlajarinne Taina, Pokela Essi, Ruuhonen Kirsi (toim.): Tavaramerkki ja toiminimi – immateriaalioikeudellisia erityiskysymyksiä, s. 217–235. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2010. (Kukkonen 2010)

Kur Annette & Dreier Thomas. European Intellectual Property Law. Edward Elgar. Northampton 2013. (Kur & Dreier 2013)

Kur Annette. Protection for fashion: The European experience, i verket Dreyfuss Rochelle Cooper och Ginsburg Jane C. (ed.): Intellectual property at the Edge – The Contested Contours of IP, s. 180–191. Cambridge University Press. Cambridge 2014. (Kur 2014)

Latham David & Khwaja Sahira. Study on Trade Secrets and Parasitic Copying (Look-alikes) MARKT/2010/20/D - Hogan Lovells Final Report on Parasitic Copying for the European Commission, 23.9.2011. (Latham & Khwaja 2011)

Lemley Mark A. Property, Intellectual Property, and Free Riding. Stanford Law School Working Paper No. 291. Stanford 2004. (Lemley 2004)

Lenaerts Koen & van Nuffel Piet. European Union Law. Sweet & Maxwell. London 2011. (Lenaerts & Van Nuffel 2011)

Lunde Tore. God forretningsskikk næringsdrivande imellom, Fagbokforl, Bergen 2000. (Lunde 2000)

Lunde Tore, Mestad Ingvild & Michaelsen Terje. Markedsføringsloven med kommentarer. Gyldendal. Oslo 2010. (Lunde m.fl. 2010)

Mäkinen Pentti, Paloranta Paula, Pokela Hannu & Vuori Kristiina. Markkinaoikeuden perusteet. Talentum. Helsinki 2006. (Mäkinen m.fl. 2006)

Nordell Per Jonas. Marknadsrättens goodwillskydd. Nordstedts. Stockholm 2003. (Nordell 2003)

Norrgård Marcus. Avtalsingrepp – Om otillbörligt ingripande i kommersiella avtalsförhållanden. Edita. Helsingfors 2006. (Norrgård 2006)

Norrgård Marcus. The European principles of IP enforcement: harmonisation through communication?, i verket Ohly Ansgar (ed): Common Principles of European Intellectual Property Law, s. 1–20 (pdf), Mohr Siebeck, Tübingen 2010.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1700584, hämtad 28.3.2017. (Norrgård 2012)

Norrgård Marcus & Nylund Alicia. UPC-processen och dess särdrag – en jämförelse med marknadsdomstolen i Finland. NIR 4/2014, s. 309–323. (Norrgård & Nylund 2014)

Oesch Rainer, Rinkineva Marja-Leena, Hietamies Heli & Puustinen Karri. Mallioikeus – Muotoilun suoja. Talentum. Helsinki 2005. (Oesch m.fl. 2005)

Oesch Rainer. Johdatus aiheeseen: yleinen etu ja immateriaalioikeuden suoja – mitä uutta?, i verket Eloranta Mikko, Heino Mari, Kokko Mira, Oesch Rainer (toim.): Immateriaalioikeudet ja yleinen etu, s. 1–19. Alma Talent. Helsinki 2017. (Oesch 2017)

Ohly Ansgar & Pila Justine. The Europeanization of Intellectual Property Law. Oxford Univeristy Press. Oxford 2013. (Ohly & Pila 2013)

Palm Jukka. Tavaramerkki, kilpailu ja alkuperä. Suomalainen lakimiesyhdistys. Helsinki 2002. (Palm 2002)

Paukku Henna. Liiketoimintakonsepti ja sen jäljittely sopimattomana menettelynä, i verket Kankaanpää Hannes & Oesch Rainer (toim.): Sopimaton menettely elinkeinotoiminnassa verkkotalouden aikana, s. 169–189. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2012. (Paukku 2012)

Pihlajarinne Taina. Toisen tavaramerkin sallittu käyttö. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2010. (Pihlajarinne 2010 I)

Pihlajarinne Taina. Milloin SopMenL kieltää tuotteiden ja tuotenimien jäljittely? Uusinta ratkaisukäytäntöä sekaantumisen vaaran arvioinnista – erityisesti arvioinnin ajankohdan kannalta, i verket Pihlajarinne Taina, Pokela Essi och Ruuhonen Kirsi (toim.): Tavaramerkki ja toiminimi – immateriaalioikeudellisia erityiskysymyksiä, s. 69–86. Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2010. (Pihlajarinne 2010 II)

Reenpää Eliisa. Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa – käytännössä ja muutostarpeista. TEM raportteja 2/2011. Työ- ja elinkeinoministeriö. Helsinki 2009. (Reenpää 2009)

Salmi Harri, Häkkänen Petteri, Oesch Rainer & Tommila Marja. Tavaramerkki. Talentum. Helsinki 2008. (Salmi m.fl. 2008)

Schovsbo Jens. Graensefladespørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten. Jurist- og Økonomiforbundets Forlag. København 1996. (Schovsbo 1996)

Schröder Sarita. Look-alike-jäljittely – ei sekaannusvaaraa, ei suojaa? IPRinfo-lehti 5/2011. www.iprinfo.com -> Julkaisut -> IPRinfo-lehti -> Lehtiarkisto -> 2011 -> IPRinfo 5-2011, hämtad 28.3.2017. (Schröder 2012)

Schröder Sarita. Maineen norkkimisopin käytäntö muotoutuu. IPRinfo-lehti 5/2015. www.iprinfo.com -> Verkkolehti -> Kaikki artikkelit -> 2015 -> Sisältö 5/2015, hämtad 28.3.2017 (Schröder 2015)

Svensson Carl Anders, Stenlund Anders, Brink Torsten, Ström Lars-Erik & Carlén-Wendels Thomas. Praktisk marknadsrätt. Nordsteds Juridik. Åttonde upplagan. Stockholm 2010. (Svensson m.fl. 2010)

Syrjä Kari-Pekka. Palvelukonseptin suoja ja immateriaalioikeus - Palvelutuotteen sopimaton jäljittely. IPR University Center. Helsinki 2016. (Syrjä 2016)

af Ursin Henrik & Samelin Jessica. Reputation parasitism: functioning concept or failed attempt? ILO Newsletter, August 29 2016. (af Ursin & Samelin 2016)

Wessman Richard. Varumärkeskonflikt – Förväxlingsrisk och anseendeskydd i varumärkesrätten. Norstedts juridik. Stockholm 2002. (Wessman 2002)

Wikberg Olli. Johdatus kilpailuoikeuteen. Talentum. Helsinki 2011. (Wikberg 2011)

WIPO World Intellectual Property Organization. Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use. Second Edition, reprinted 2008. WIPO Publication 2004. (WIPO Intellectual Property Handbook 2008)

Internet källor

Searle 2015 I: Nicola Searle, Living together: the symbiosis of lookalike packaging. The IPKat 28.10.2015.

<http://ipkitten.blogspot.fi/2015/10/living-together-symbiosis-of-lookalike.html>, hämtad 28.3.2017.

Searle 2015 II: Nicola Searle, The Zero-Sum Claim. The IPKat 21.12.2015.

<http://ipkitten.blogspot.fi/2015/12/the-zero-sum-claim.html>, hämtad 28.3.2017.

RÄTTSFALL

EU-domstolen

C-6/81	BV Industrie Diensten Groep v. J.A. Beele Handelmaatschappij BV, 2.3.1982, ECLI:EU:C:1982:72 (C-6/81 Beele)
C-251/95	Sabel BV v. Puma AG, Rudolf Dassler Sport, 11.11.1997, ECLI:EU:C:1996:79 (C-251/95 Sabel v. Puma)
C-210/96	Gut Springenheide GmbH och Rudolf Tusky v. Oberkreisdirektor des Kreises Steinfurt - Amt für Lebensmittelüberwachung, 16.7.1998, ECLI:EU:C:1998:369 (C-210/96 Gut Springenheide)
C-39/97	Canon Kabushiki Kaisha v. Metro-Goldwyn-Mayer Inc., 29.9.1998, ECLI:EU:C:1998:442 (C-39/97 Canon)
C-342/97	Lloyd Schuhfabrik Meyer & Co. GmbH v. Klijsen Handel BV, 22.6.1999 ECLI:EU:C:1999:323 (C-342/97 Lloyd)
C-425/98	Marca Mode CV v. Adidas AG och Adidas Benelux BV, 22.6.2000, ECLI:EU:C:2000:339 (C-425/98 Marca Mode)
C-468/01 och 472/01	Procter & Gamble Company v. Kontoret för harmonisering i den inre marknaden (OHIM), 29.4.2004, ECLI:EU:C:2004:259 (Förenade målen C-468/01 och C-472/01 Procter & Gamble)
C-275/06	Productores de Música de España (Promusicae) v. Telefónica de España SAU., 29.1.2008, ECLI:EU:C:2008:54 (C-275/06 Promusicae)
C487/07	L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC och Laboratoire Garnier & Cie v. Bellure NV, Malaika Investments Ltd och Starion International Ltd., 18.6.2009, ECLI:EU:C:2009:378 (C-487/07 L'Oréal v. Bellure)
C-57/08	Gateway Inc. v. Kontoret för harmonisering i den inre marknaden (OHIM) och Fujitsu Siemens Computers GmbH, 11.12.2008, ECLI:EU:C:2008:718 (C-57/08 Gateway)
C-70/10	Scarlet Extended SA v. Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL, 24.11.2011, ECLI:EU:C:2011:771 (SABAM) (C-70/10 SABAM)
C-170/13	Huawei Technologies Co. Ltd v. ZTE Corp. och ZTE Deutschland GmbH, 16.7.2015, ECLI:EU:C:2015:477 (C-170/13 Huawei)

Tribunalen

T-118/00	Procter & Gamble v. Kontoret för harmonisering i den inre marknaden (OHIM), 19.9.2001, ECLI:EU:T:2001:226 (T-118/00 Procter & Gamble)
T-241/05, T-262/05 – T-264/05, T-346/05, T-347/05 och T-29/06 – T-31/06	Procter & Gamble Company v. Kontoret för harmonisering i den inre marknaden (OHIM), 23.5.2007, ECLI:EU:T:2007:151 (Förenade målen T-241/05, T-262/05 – T-264/05, T-346/05, T-347/05 och T-29/06 – T-31/06 Procter & Gamble)

Högsta domstolen

HD 1972 II 100
HD 2004:4
HD 2004:32

Marknadsdomstolen

MD 95/II/02
MD 6/03
MD 81/03
MD 84/03
MD 192/03
MD 132/04
MD 82/05
MD 132/07
MD 381/07
MD 332/08
MD 451/09
MD 619/09
MD 561/10
MD 613/10
MD 121/12
MD 381/12
MD 269/13
MD 429/13
MD 398/14
MD 809/14
MD 110-112/15
MD 153/15
MD 661/15
MD 432/16
MD 32/17

Sverige

Marknadsdomstolen

SvMD 1993:9

SvMD 1999:21

SvMD 2000:25

SvMD 2003:25

SvMD 2008:8